

TESIS DOCTORAL

TÍTULO: EL CONSENTIMIENTO EN LA FORMULACIÓN DE LOS CONTRATOS. SUPERVIVENCIA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES. Consentimiento. Causa y Forma de los actos jurídicos.

AUTOR: Silvina María Chaín Molina

DIRECTOR: Dr Rubén H. Compagnucci de Caso.

FACULTAD: Ciencias Jurídicas y Sociales

FECHA DE PRESENTACIÓN: 11 de Junio de 2012.

GRADO ALCANZADO: Doctor en Derecho y Ciencias Jurídicas.

I. DESCRIPCIÓN DEL TEMA Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema que encontramos al tratar los contratos reales es tan radical como indagar acerca de la supervivencia jurídica de esta categoría.

Partimos de la base de la consideración del concepto de contrato. Si entendemos por tal al acuerdo generador de derechos y obligaciones entre las partes (1137CC), los contratos reales no nacen con el mero acuerdo de palabras sino que añaden para su perfeccionamiento y nacimiento, la necesidad de entregar la cosa objeto del mismo contrato.

En un comienzo no bastaban las palabras para hacer nacer los efectos legalmente obligatorios del acuerdo o contrato, rodeando de exteriorizaciones visibles la voluntad de las partes. Paulatinamente se ve que los contratos se reducirían a los consensuales o contratos en que el ACUERDO (1137CC) -se refiere a consentimiento acordado respecto a los derechos de las partes en cuestión-, se manifiesta sólo a través de las palabras, hoy suficientes y seguras. A partir de allí, la forma del consenso contractual admite la expresión verbal o escrita según sean libres o con las solemnidades instrumentales impuestas de manera esencial por la ley o las partes (973/9, y concords CC) pero no ya de asignar un valor esencial a la prestación de una conducta añadida que investigaremos cuál fuera su génesis.

Es decir, históricamente el consentimiento contractual verbal o escrito no fue suficiente para generar el contrato. No lo fue desde lo formal -pues se exigía la conjunta exteriorización de ritos y solemnidades que lo tornaran indubitable y visible, - sería el supuesto de los contratos verbales o escritos-, y se tenía por sobreentendido en casos en que el consentimiento se manifestaba a través de una prestación de dar, entregando la cosa, lo que generaba igualmente la obligación de restituir -tal el caso de los contratos reales y subyacente en los contratos innominados (do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des), existiendo entre ambos una diferencia aparente de “Nomen” que para los reales había generado el tiempo. Por eso en cuanto a la diferencia entre los reales y los innominados, manifiesta Gete Alonso y Calera que los contratos reales eran

- 2 -EL CONSENTIMIENTO EN LA FORMULACIÓN DE LOS CONTRATOS.
SUPERVIVENCIA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES. Consentimiento
Causa y Forma de los actos jurídicos
un modo nominado de contratos innominados: doy para que me des¹.

Situémonos en la antigüedad, época en la que la escritura no era de utilización masiva sino antes bien por el contrario, ni se conocía el alfabeto, accesible sólo a sacerdotes o escribas (los primeros con tiempo y ocasión para aprenderlo y los segundos con dinero para acceder a escuelas de una exigencia académica alcanzable por muy pocos perseverantes). En ese contexto, donar, permutar, comprar debían acreditarse –A FALTA DE ESCRITURA- rodeado de mímicas, ritos o solemnidades (la utilización de balanzas, la añadidura de testigos, la lectura o escritura de frases rituales esenciales, mímica, etc) que constituyeran y probaran de manera indubitable la voluntad de quienes resultaban obligados. Valga el ejemplo de los contratos “litteris” –únicos escritos que aparecieron en el derecho arcaico- se formalizaban a través de la utilización de una modalidad incipiente de escritura, cual era la anotación en los libros del paterfamiliae reducida casi a contabilidad numérica.-

En otros casos –también a falta de utilización de la escritura como documento- se razonaba: “Si Primus entregó a Secundus una cosa en depósito (préstamo o garantía), luego Secundus queda obligado a restituirla”. Es decir que la entrega generaba la obligación: EL DERECHO ERA TRADICIONAL Y CONSUETUDINARIO.-

Un ejemplo mas del quizás justificado “formalismo romano como exteriorización de voluntad”, lo encontramos en la materia de derechos reales y posesoria, bastando leer títulos antiguos, para reconocer que era necesario vg “recorrer íntegramente el inmueble adquirido, arrojar colillas de cigarrillos, repetir plegarias durante el recorrido de su perímetro, saltar o arrancar pastos”, lo que poco a poco fue suplementado y dejado sin vigencia paulatina por el sistema de registración de los derechos reales sobre bienes –cada vez mas diversos: registros de inmuebles, pura sangre de carreras, automotores, y otros bienes que con el tiempo se estimaron de valía económica y en tal sentido protegiese la ley.- No obstante, la teoría del título y modo no admite cuestionamientos sino solo alabanzas dada la desigual naturaleza de los derechos reales que importan una relación directa del titular y la cosa.- Es decir, el vínculo persona-cosa impone la entrega para el ejercicio de las facultades directas que sobre la cosa se conceden al titular; no así en los derechos creditorios en que el vínculo personal o

¹ Gete Alonso y Calera: María del Carmen: “Estructura y función del tipo contractual”. Bosch

persona- persona, impone la conducta del deudor como generadora de mutaciones o cambios patrimoniales (utilidad, beneficio o enriquecimiento del acreedor) y caso en que, el cumplimiento previo de la prestación de dar, hace suponer el consentimiento no obstante la falta de formalidades en la exteriorización del mismo.-

Ello explica la vigencia en la mayoría de las legislaciones y doctrina romanísticas mundiales de la imposición de la necesidad de entregar de la cosa para la generación de los derechos reales (título y modo), así como que en materia de contratos por el contrario, los consensuales o generados “solo consensu” terminaron por imponerse invadiendo incluso en algunos países el campo de los derechos reales.

La entrega de la cosa por su parte, cualifica aún hoy una de las categorías contractuales configurando los llamados contratos reales. Tal entrega es esencial. Sin embargo –si bien para la ley la entrega hace nacer el contrato-, tal entrega no es un gesto o mímica añadido al consentimiento, es decir que no es una manera o forma de exteriorizarlo sino que constituye la ejecución misma de una prestación de dar –recuérdese que las prestaciones o conductas obligatorias son de “dar, hacer y no hacer” (495 CC)- en virtud de la cual se genera la obligación de restituir; entrega que por lo demás, tiene entidad de consentimiento pues la categoría de los contratos reales se opone a los consensuales.-

Cuando se realizaba sin acuerdo expreso anterior, llevó a los entonces contemporáneos a razonar: “si hubo entrega, se genera el contrato que obliga a restituir”. Este efecto obligatorio que genera la entrega hizo reconocer la categoría de los contratos reales concediéndole un “nomen” propio.

Pensamos obviamente y a priori que en aquel estadio incipiente de la generación contractual, bueno era reconocer el efecto obligatorio surgido de conductas puesto que el uso de la escritura era todavía incipiente y poco frecuente, y así contratos reales e innominados resultaban obligatorios.

No obstante, el hecho de que el consentimiento debiera acompañarse de ritos o rodearse de formalidades o que las conductas generaran efectos vinculantes obligatorios tal como que de la entrega surja la obligación de restituir, no supone –ab initio-, deducir la

- 4 -EL CONSENTIMIENTO EN LA FORMULACIÓN DE LOS CONTRATOS.
SUPERVIVENCIA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES. Consentimiento
Causa y Forma de los actos jurídicos

premisa contraria: “si no hay entrega, no nace el contrato”: El mero acuerdo obliga, tal como se purgó mas adelante la cuestión y que hizo nacer los contratos solo consenso. Se trata de un consentimiento expreso en el primer caso y tácito en el último.- Bueno resulta situarse en el momento histórico de nacimiento de las instituciones jurídicas para comprender su explicación y verdadera naturaleza so pena de adoptar o mantener normas inapropiadas.

Las legislaciones de raíz romanista, así como nuestro código en el art 1041 y concords, han receptado la categoría de los contratos reales entendidos como aquellos en que la entrega es esencial esto es, no solo que quien entrega a otro una cosa lo obliga a restituirla según la finalidad contractual, sino que si no la entrega no se genera efecto obligatorio alguno (así parece haberse deformado la categoría de los contratos reales por las escuelas que profundizaron luego el estudio del primitivo derecho romano) teorizando de manera deforme lo que el pragmatismo romano nunca expresara.-

Los romanos no trataron la entrega como una forma, ni se incluyó como tal en los artículos relativos a la forma de los actos jurídicos y de los contratos de los códigos que lo receptaron (973, ss y concords del C.C. argentino): 1) la forma tenía en la antigüedad el carácter de exteriorización visible de la voluntad de las partes por “gestos o mímicas” cuasi-circenses (balanzas, libros de registros, etc), que hacían innegable la intencionalidad de los sujetos. Luego, con la universalización de la escritura, el lenguaje verbal y escrito pasó a ser la forma o solemnidad apropiada para exteriorizar la voluntad. Ya en las postrimerías del mismo derecho romano, se hicieron innecesarias las exteriorizaciones suplementarias para “sellar los acuerdos”. Del mismo modo hubiera bastado entender como tácita la voluntad de entregar en los contratos reales para validar su carácter consensual alternativo (pues hoy en día existe legalizado el carácter tácito de la declaración de voluntad (1145/6 C.C.), concluyendo entonces que la entrega generaba la obligación de restituir.-

La universalización de la escritura y el auge de los registros, ha dejado sin explicación solemnidades que antiguamente reafirmaban el acuerdo pero que hoy carecen de significación.

En el caso de la entrega en cambio, es claro que de ninguna manera puede entenderse

una forma pues ni en su nacimiento histórico lo fue, ni actualmente lo es, sino que, presuponiendo el consentimiento, implica –desde la lógica-jurídica-, la ejecución de una conducta patrimonial a favor de otro por un negocio causal gratuito o no y que genera una contraprestación por parte de aquel que la recibió, de restituir la cosa y sólo supone ejecución de un acuerdo previo: doy porque así lo quise aunque tales palabras no hayan sido expresadas (consentimiento tácito).- La entrega es causa de la obligación de restituir: no se imponía la entrega como forma: para prestar o depositar se debe entregar, sino que se obligaba a restituir al que había recibido una cosa ajena y sin ánimo de su dueño de transferir un derecho real, tal el origen de esta categoría contractual denunciada en tal sentido por Donello y los sucesivos comentaristas del derecho romano.

Prueba en este sentido son los contratos innominados del derecho romano (doy para que me des o hagas, hago para que me hagas o des y sus correspondientes) en los que la prestación de uno era causa de la contraprestación de la otra parte pero que, nacidos con posterioridad, se diferenciaron de los primeros nominalmente.

Consta coherentemente con reconocer la entrega como causa, que nuestro legislador receptó la categoría como opuesta a los contratos consensuales y no así a los formales, pues no se concluyen solo consensu sino que resultan de una conducta que genera la obligación de restituir, todas cuestiones que –en tanto existe divergencia doctrinaria- igualmente son objeto de este estudio.

Por su parte tanto los consensuales como los reales pueden ser formales o no formales, es decir requerir forma impuesta o no.

El punto álgido es inferir lo contrario, es decir que si bien el acto de la entrega genera la obligación de restituir, no importa concluir que ese mismo acto consensual -voluntariedad de entregar y aceptar recibir una cosa- no generen el mismo resultado.

La desventaja de conservar la categoría es que, legislada la entrega como necesaria, se invalida el nacimiento solo consensu de las obligaciones derivadas de los “contratos tipo” pertenecientes a esta categoría.- El mero acuerdo verbal o escrito de un contrato real, no es vinculante, que lleva a descartar o cuestionar la validez del preliminar, lo que ha generado un “consensualismo de facto de los contratos reales”.

- 6 -EL CONSENTIMIENTO EN LA FORMULACIÓN DE LOS CONTRATOS.

SUPERVIVENCIA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES. Consentimiento

Causa y Forma de los actos jurídicos

Figúrense la suscripción de un préstamo bancario en que la entidad se oponga a entregar el dinero alegando la falta de obligatoriedad del acuerdo.

Este problema real, ha llevado a la doctrina a intentar estudiar la naturaleza de la *datio rei*, así se ha intentado explicar la entrega de diversas maneras: forma esencial, causa formal, o causa final, esencial generativa o de la atribución, condición, elemento de cualidad o para otros un elemento esencial o tipificante relativo a la categoría.-

El consensualismo que pretende derogar la categoría ha encontrado el escollo que la utilidad o interés del depositante que entrega, tiene en los contratos de depósito gratuito: si es en interés del depositante, ¿cómo puede el depositario exigir la entrega en base al consentimiento si aquél ha perdido interés? La entrega es únicamente la expresión de la actualidad del interés del depositante. O ¿porqué habría de ser obligatorio el acuerdo para que el depositante deba entregar la cosa sin querer hacerlo actualmente? Contrariamente, el comodato es en interés del comodatario: entonces, si la propiedad de la cosa es del comodante: ¿de qué manera podrá exigir la entrega el comodatario, si el comodante no quiere hacerlo y siendo el comodato un contrato esencialmente gratuito?

Por último y como tema conexo, tenemos la investigación acerca de la distinción entre la categoría de los contratos reales y los contratos con efecto real.- Esta última denominación reciben aquellos contratos de los que se sigue la constitución, modificación, transmisión o extinción de derechos reales. Existen contratos reales con efecto real (constitución de prenda) y otros con mero efecto creditorio (depósito).

En los contratos con efecto real, tal efecto se sigue mediatamente, respecto a la función “preeminente” del contrato que es la obligatoria o creación de obligaciones², pues no hay contratos con efecto real en los que este efecto sea consecuencia inmediata del acuerdo o título causal sino que según la teoría del título y modo, la tradición es requisito esencial en la adquisición de estos derechos (art. 577 y nota).-

Esto lleva nuevamente entonces a intentar esclarecer el tema de la naturaleza jurídica de la entrega de la cosa – tradición , a fin de verificar si la “entrega de la cosa” abarca la *datio rei* y la tradición posesoria o traslativa de dominio como una única institución.-

Si entrega y tradición no se identificaran, ello significaría además que en los contratos reales con efecto real se exige la entrega de la cosa a los efectos de tener por constituido o perfeccionado el contrato y además, “otra entrega”(!) a los efectos reales de la creación, modificación, transmisión o extinción del contrato real.

Por otra parte, los tratadistas entienden en su mayoría, que la tradición es un acto jurídico real, excepción hecha de quienes extrapolan la concepción amplia del contrato abarcando así a la tradición como tal, sin tener en cuenta la subsunción de todo acuerdo en el género de acto o negocio jurídico, que como tal, admite estas diferentes especies³. Entendiendo la tradición como contrato, tendríamos que la adquisición del derecho real, tendría *vg.* dos contratos como causa⁴ No sería el título y modo el sistema de adquisición de los derechos reales, sino el de “los dos títulos”.

Creemos que desde este punto de vista –no en cuanto a su naturaleza jurídica, que ya quedara planteado-, la entrega en cualquiera de sus formas es pago, aún cuando por circunstancias varias, se legisla la entrega de los contratos reales como constitutiva, y se tiene a la tradición por contrato.

Por lo reseñado resulta esclarecedor partir de la teoría del Negocio Jurídico⁵ a los fines de la determinación conceptual de los elementos de los contratos, la identificación del tipo en análisis, de la necesidad de la entrega como elemento o requisito

² MESSINEO, Francesco: “Teoría General del Contrato”, Tomo I, EJE. Bs As 1986. Trad. De Fontanarrosa, Sentís Melendo. Volterra. (p. 46/7)

³ López de Zavalía (contratos, pág .21)., Wayar y pocos otros que la conciben como contrato.-

⁴ El contrato de compraventa generaría la obligación de entregar, que se ejecutaría a través de otro contrato que llamamos tradición? A ello se ha respondido exponiendo que así como el precontrato –que es contrato- le sigue un acuerdo posterior o la transacción es contrato extintivo de un contrato anterior, nada impide que al contrato le siga la tradición de naturaleza contractual. Nos parece que, de no ser que en todos esos ejemplos el nuevo acuerdo modifica el antecedente en algo, no sucede lo mismo en la entrega o en la tradición, en que el acuerdo traditivo es meramente de ejecución, o acto debido, y por tanto, sin margen de voluntad creadora autónoma, distinta, adicional o nueva.

⁵ Hemos consultado con especial interés las obras de los juristas nacionales, así como doctrina extranjera fundante de la generalización conceptual además de autores actuales. Entre los primeros Dr. Compagnucci de Caso, Rubén H: “El Negocio Jurídico”, Págs 106 y ss, RiveraEl Negocio, págs923 y ss., Cifuentes, Santos “negocio Jurídico”... pág 53vto y ss.- Son relevantes igualmente las obras de Galli y Bueres sobre la causa y el objeto del negocio jurídico respectivamente.

- 8 -EL CONSENTIMIENTO EN LA FORMULACIÓN DE LOS CONTRATOS.
SUPERVIVENCIA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES. Consentimiento
Causa y Forma de los actos jurídicos
constitutivo y esencial que determina la supervivencia de los contratos reales y su
naturaleza jurídica, o su consideración como acto ejecutivo o pago. Nos explicaremos.-

II. ELABORACIÓN DEL MARCO TEÓRICO PERTINENTE

1.) Concepto de contratos. A) Historia. B) Actualidad. Introducción. C) Legislación. D)
Doctrina

2.) La categoría de los contratos reales: A. Conceptualización. Integración. B.
Subsistencia de la categoría. C.) El problema del preliminar de contrato real D.)
Cuestiones conexas: La Teoría del título y modo. La forma del título para las
transferencias inmobiliarias: El Boleto de Compraventa. Vinculación esencial del tema
con los contratos reales.

DESARROLLO:

1) Contratos.

A) Historia

El tema de los contratos reales exige como un a priori la determinación de la
noción de contrato, conocida la cual podremos determinar –dentro de la clasificación
del instituto- a la categoría de los contratos reales.

Obviamente la significación del contrato –de génesis romana- se ha formado y
mutado con el correr de los siglos.

Es conocido que los romanos, de marcado espíritu pragmático, no teorizaron sino que
se limitaron a dar soluciones procedimentales a las cuestiones litigiosas que se fuesen
presentando. Esto se explica dada la política permanentemente expansionista del viejo
Imperio y por el estado incipiente de la escritura, incorporada por esa cultura en los
últimos siglos precristianos y los primeros de nuestra era, así como por la recepción de
la abstracta y filosófica cultura helénica que los romanos lentamente asimilaron.

En las instituciones de Derecho, ese mismo proceso rodeó al contrato de formalismos
que aseguraran la voluntad de las partes a través de formalidades destinadas a

- 9 -EL CONSENTIMIENTO EN LA FORMULACIÓN DE LOS CONTRATOS.
SUPERVIVENCIA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES. Consentimiento
Causa y Forma de los actos jurídicos
impresionar los sentidos de partes y testigos.

Observemos que el soporte de la escritura ha variado desde las tablas, papiros y pergaminos para llegar al papel y al soporte magnético de nuestra actualidad. Todo esto tiene influencia en el sistema legal de los pueblos pues importa el medio mas corriente y seguro de comunicación y prueba de la voluntad expresada en ellos: asiento de la inspiración de los poetas, de los sentimientos de amor y amistad, del compromiso asumido por quien quiere obligarse y prueba de la voluntad del autor entre otros fines privados sin contar la formalización escrita de documentos públicos.- La seguridad de la escritura tiene hoy la evolución magnética y electrónica de su soporte que, por sus particularidades propias no ha desplazado al soporte papel.-

A. 1) Períodos del Derecho Romano:

Comenzaremos diciendo que el Derecho Romano se ha dividido según sus períodos – partiendo desde el año 700 a.C. aproximadamente- en Derecho Arcaico hasta la Caída de la Monarquía o comienzo de la res pública en el 500 o 350 aC; Republicano hasta el 25 aC con el inicio del Principado o Imperio llamado período Clásico o Imperial, hasta el 325 dC con el Edicto de Milán, Postclásico –Dominado- que se extiende al 500 dC con la Lex Romana visigotorum- y a partir de entonces el Justiniano⁶.-

Una clasificación mas simple explica que el Derecho arcaico coincidió con el período político correspondiente a la monarquía hasta su caída o comienzo de la República en el 500 o 350 a.C., el Derecho republicano con la República (hasta el 25 a.C.), luego el Derecho Clásico o Imperial (hasta el 325 d.C.), y finalmente el Postclásico que coincide con el bajo Imperio o Dominado (500 d.C.) y Justiniano⁷.-

C) Contenido del contrato. Valor de las formas en Roma:

⁶ Biondi y Guarino con alguna diferencia menor.-

⁷ Di Pietro Alfredo y otro “manual de Derecho Romano”. Depalma. 1999.- El período Arcaico se denominó desde otro punto de vista como Quiritario (hasta la 2da guerra púnica o recepción de la influencia helénica -200 a.C), luego siguió el Derecho Romano Universal hasta la Constitución de Caracalla (200 dC) y por último el período Heleno-Romano (BOnfante). Riccobono, en análoga división,

Partiremos de la base de las divergencias doctrinarias en la concepción del contrato, que van desde su definición como acto creador de obligaciones, las que extienden sus efectos a la modificación, transmisión o extinción de las mismas, así como las teorías que lo hacen abarcativo en cuanto a tales efectos de los derechos reales e intelectuales, es decir de cualquier clase de derecho patrimonial.

Hecha la introducción, en Roma, los términos “convención” (cum venire) y “pacto” (paci si), si bien para algunos autores se identificaban pues ambos eran genéricos y significaban unir, contraer o acuerdo (Digesto 2, XIV, 1 Y 45, I, 2)⁸, se pueden distinguir: convención era el género, en tanto pacto y contrato, sus especies. Gete Alonso y Calera⁹ hace una prolija distinción entre el género convención, el contrato como especie creadora de efectos obligatorios –nominados e innominados- a los que se concedía una actio, y el pacto o nudo acuerdo que sólo generaba una excepción.-

El autor romanista Petit¹⁰, entiende por contratos, en el marco histórico del derecho que le ocupa, a los acuerdos **creadores de derecho** entre los que no se incluyeron a los derechos reales pues para ellos existen “modos especiales”, y no basta la convención (requieren de modo o tradición).-

Por el contrario, en opinión del Dr. López de Zavalía¹¹, en el lenguaje histórico-romano contractus (contrahere de la época romano-helénica) incluyó todo negocio bilateral, incluida la traditio, mancipatio e in iure cesio; excluyendo relaciones a las que falta el acuerdo de partes: negotiorum gestio, aditio hereditatis, pago de lo indebido¹².

los llama Nacional romano -hasta la destrucción de Cartago-, Universal -hasta la iniciación del dominado- y Romano cristiano a partir de entonces (Riccobono)

⁸ De todos modos la diferencia es de género –convención- y especie –pacto, pues el pacto era el acuerdo que sólo concedía la posibilidad de una excepción procesal y no una acción, la que se correspondía con los contratos (tipo también de convención).-

⁹ Gete Alonso y Calera, María del Carmen: “Estructura y función...”, pág. 64 y concords. Entre los nominados: verbis, litteris, re, solo consenso.-

¹⁰ Petit: - Tratado elemental de Derecho Romano- Albatros S.R.L.Bs. As. 1.966, pág 371 y ss.-.

¹¹ López de Zavalía, Fernando J.”Teoría de los Contratos”.Tomo I, Parte General . Zavalía Editor, pág 10/11 y sgtes.

¹² Betti, Teoría General de las Obligaciones, págs. 61 y ss

Respecto a la nota al 1137, la misma disyuntiva terminológica¹³, resalta la falta de coincidencia entre lo que atribuye Vélez a Maynz, Domat, Aubry et Rau y Savigny; - que López de Zavalía relativiza en su valor interpretativo por la confusión entre los términos alemanes Verträge (abarcativo de acuerdos incluso internacionales) y Obligatorische Verträge (productores de obligaciones), agregando que, además y en tanto que las notas no son ley; existe falta de certeza de la palabra francesa convención y contrat¹⁴

Ubicados en este contexto histórico, Messineo¹⁵ por su parte, encuentra el origen del contrato, no en el “contractus” romano –que designaba al vínculo rodeado de formalidades, esencialmente de número cerrado, sino en el “nudo pacto” que en el viejo derecho romano, no engendraba derechos ni acciones y que –teniendo como elemento básico a la voluntad, fue evolucionando durante la Edad Media, bajo la concesión de los pretores y la influencia de los autores canonistas.-

Gete Alonso y Calera entiende que el vocablo “contractus” en Roma, se refería al efecto: “lo contraído”, por lo que no se lo conoció como género sino en tanto singulares tipos contractuales regulados directamente por la ley y reconocidos por ella¹⁶.

Hecha la introducción, concluimos que la diferencia de opiniones surge en tanto se precisen las diferencias terminológicas puesto que:

- a) El espíritu pragmático de los romanos impidió la teorización, por lo que poco importaban los nombres de los institutos, cuanto que sí era relevante el efecto o solución que la arcaica legislación, los Edictos de los pretores, la labor de los Cónsules, Plebiscitos de los Tribunos y Senatus Consultas fueron dando a los litigios concretos que se suscitaban. Así, las convenciones abarcaban todo tipo de acuerdo cuya evolución veremos en detalle, pero paralelamente también la producción de efectos reales se celebraba a través de ritos externos que presuponían una causa justa (hoy le

¹³ Arias, Contratos, págs.48/57)

¹⁴ Planiol-Ripert-Boulanger, Traité Élémentaire, II, N°35 y Mazeaud-Mazeaud, Lecciones, II, N°52 Savigny califica al contrato como la manifestación de voluntad más importante y variada, para quien contrato es “el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas” (“Sistema de Derecho Romano Actual” trad Jacinto Mesía y Manuel Poley. 2ª Ed Madrid Centro Editorial de Góngora. Parág CXL.

¹⁵ Messineo, op. cit.

¹⁶ Gete Alonso y Calera, op cit, pág 60/1

llamaríamos título causal) tales como la *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*¹⁷. Es decir que la distinción entre las ceremonias de exteriorización de acuerdos obligatorios o las correspondientes a la adquisición de derechos reales, poco importaron a los romanos: en ambos casos las ceremonias o rituales acompañaban al acto. El desarrollo de la teoría que devino a Roma desde la fusión con la cultura helénica, la formación de un *Corpus Iuris*; la posterior lectura y estudio académico de los comentaristas y la Formación de las Escuelas y Universidades trajo como consecuencia la creación de la Ciencia y Teoría del Derecho. A partir de entonces se irán distinguiendo las obligaciones de los derechos reales, los contratos como fuente de obligaciones y como título de los derechos reales.

- b) Paralelamente el contrato con el tiempo y la universalización de la escritura fortaleció el consensualismo y su seguridad probatoria con la sola escritura desapareciendo paulatinamente los ritos formales.
- c) Se fortalece la distinción teórica entre derechos reales y personales teniendo los primeros como característica saliente, la necesaria *aprehensión de la cosa* salvo las excepciones de los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda y anticresis, y servidumbres negativas) que estudiaremos si son tales.
- d) En el campo de la creación y adquisición de los derechos reales los modos primitivos de hacerlo conservan hoy su vigencia por el carácter esencial que tiene la *aprehensión de la cosa* para permitir el ejercicio de derechos que significan por su propia naturaleza una relación directa entre persona-cosa.- Estos modos exigían para su ejercicio no obstante, ya desde la *mancipatio*, *in iure cessio* y *traditio* del Derecho Romano más antiguo, la justificación de una causa (venta, donación, etc).
- e) Con el fortalecimiento del contrato consensual, los que eran títulos causales productores de derechos reales, se celebraron a través de acuerdos obligatorios a los que seguía la celebración de los modos de adquisición de los derechos reales.
- f) Con el nacimiento de la teoría general del acto o negocio jurídico, los modos referidos de adquisición de derechos reales se categorizaron como especie de actos

¹⁷ Los modos de adquirir el dominio variaban en el Derecho civil o derecho de gentes : del derecho civil sólo gozan los romanos (la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *usucapio*, la *adjudicatio*, y la ley) y de derecho de gentes los extranjeros o peregrinos o quienes no tuviesen la ciudadanía (la ocupación, la accesión, la tradición)

jurídicos –puesto que son actos humanos voluntarios y lícitos que tienden a la consecución de efectos jurídicos- pero que justamente como producen efectos materiales, ejecutorios y reales, pueden distinguirse de los contratos obligatorios.- Son llamados actos reales.- Esta genial clasificación de los actos jurídicos –que intentaremos estudiar con profundidad-, permite configurar la operación jurídica de manera ordenada y simple así como distinguir el contrato fuente o título del derecho real, del acto o modo traditivo.

En resumen, la idea con que concluye Petit acerca del significado de los términos “convención” (cum venire) y “pacto” (pactis si), que se identificaban por cuanto ambos eran genéricos y significaban unir, contraer o acuerdo, pensamos que ha de completarse con los aportes de la doctrina moderna mayoritaria -nacional y extranjera- que distingue la convención como género del contrato –formal y obligatorio, generador de acciones o condictios¹⁸- y por otra parte el pacto, como especie aformal o desnuda que sólo autorizaba oponer excepciones a menos que estuviese “adiecto” a un contrato¹⁹.-

En lo relativo a los derechos personales estas formas que revestían al acuerdo contractual constituían así, causa fuente de la obligación²⁰, determinadas por ley, expresamente –por tanto de numerus clausus o cerrado-, dominantes de todo el derecho romano clásico, para luego, con la influencia de la escuela griega u oriental, provocar en la época de Justiniano²¹ la valorización del elemento subjetivo o acuerdo de partes.

Distinguimos así en la época primitiva el nexum y la sponsio –sustituidos luego por la stipulatio²²-, y luego en la época imperial (entre el año 27 a.C. al 476 d.C.), los contratos reales –re-, verbales –verbis-, y escritos –litteris- (postrimerías de la era

¹⁸ La condictio era un remedio procesal de derecho propio que posibilitaba retrotraer las cosas al estado anterior al perjuicio invocado por la parte (condictio causae non secuta, condictio scriptura, condictio indebita) . Así, la condictio de pago indebido, hacía nacer el derecho a la restitución de lo pagado sin causa. Las acciones en cambio admitían un reclamo para exigir el cumplimiento de una prestación según derecho estricto o en razón de la equidad en los contratos bonae fide.

¹⁹ Así el pacto, asimilado a la convención, necesitaba para ser obligatorio, una causa esencial civil consistente en una prestación que generara la actio praescriptis verbis o una forma constitutiva.-

²⁰ Petit: - Tratado elemental ...”, pág 394 y ss: Cuando explica la causa, expresa que la palabra se emplea en acepciones diversas: a) contratos y delitos como causas civiles de obligaciones; b) causa asimilada a la forma (la palabra en los contratos verbis, vg.); y c) motivo jurídico del consentimiento (causa fin objetiva).- La causa era esencial en contratos que llevan la causa en sí mismos: sinalagmáticos perfectos, re, mandato e innominados en que la prestación de uno es causa de la del otro.- No así en los litteris ni estipulación en que las partes se obligan con tal de que se cumplan las formalidades.-

²¹ Gobernó el Imperio de Oriente –luego de la desaparición del de occidente-, entre el año 527 a 565 d.C.

²² El nexum –propio de los ciudadanos romanos en que el nexis respondía por la obligación con su vida- fue reemplazado paulatinamente por la sponsio y la stipulatio –la última propia de los extranjeros.-

- 14 -EL CONSENTIMIENTO EN LA FORMULACIÓN DE LOS CONTRATOS.
SUPERVIVENCIA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES. Consentimiento

Causa y Forma de los actos jurídicos

anterior y comienzos de la cristiana).- Asimismo, encontramos los contratos innominados que obligaban en virtud de una prestación de dar o hacer o recíproca.- El consensualismo se valorizó luego, recién en la época justiniana (527 d.C.).-

Durante la República (período clásico o Imperial) la evolución hizo concluir cuatro categorías contractuales: **re, verbis, litteris y sólo consensu.**²³

Los efectos reales por su parte necesitaban la producción de modos propios, Sin embargo, éstos no bastaban para crear una obligación exigible, efecto que sólo se lograba añadiendo a la convención algunas formalidades y la efectiva entrega, tal como aún hoy se exigen en las legislaciones de raíz romanista, excepción hecha para los bienes inmuebles por el sistema alemán y francés en los que la inscripción registral o el mero formulismo consensual hacen presuponer la entrega según la evolución de cada legislación. En los restantes supuestos, la aprehensión de la cosa para la génesis de los derechos reales resulta siempre esencial e indiscutible.

A.2) Clasificación romana de los contratos:

Petit clasifica a los contratos a la vez que ordena su evolución, en:

Durante el Derecho Primitivo encontramos la primera división entre contratos de derecho estricto o stricto iuris y contratos bonae fidei.

1. Contratos de derecho estricto: Eran contratos respecto de los cuales los magistrados tenían que pronunciarse *strictamente* de acuerdo a la acción de derecho civil correspondiente que les era propia (“por sí o no”).- Tales el **Nexum** (per aes et libram unido a la nuncupatio o manifestación formal del acreedor con eventual desapoderamiento per manus inectio del deudor ante el incumplimiento), del que deriva el Mutuo (entrega más stipulatio) y la **Sponsio -luego Stipulatio** o Estipulación²⁴,

²³ Litteris (registro de actos propios en libros).- Re: Comodato, prenda y depósito (mancipatio).-

²⁴ Las Institutas de Gayo, (comentadas por DI Pietro, Alfredo y otro. Ed. Depalma. 1999) explica que otros podían obligarse por el deudor generando una especie de fianza, en las variantes del “sponsor, fidepromissores y fideiussores”, los dos primeros para garantizar sólo obligaciones verbales, y sus herederos no quedan obligados salvo caso de los extranjeros, liberados al cabo de dos años (ley Furia), no conllevando solidaridad. Contrariamente el fideiussor puede garantizar todo tipo de obligaciones (real, verbal o consensual, civil o natural, contraída por incapaz o extranjero, quedando su heredero obligado, y sin plazo de liberación (perpetua) e in solidum siempre (ley Appuleia, Cicereia, Cornelia).-

abstracta de la causa de la obligación, de donde su sanción se plasmaba en una *Condictio*²⁵.

Por oposición a los contratos de derechos estricto o primitivos que concedían acción, se categorizaron luego a los **contratos de buena fe**, constituidos por los **consensuales** (Di Pietro) o aquellos derivados de los **bona fidei negotii** (Sohm²⁶).- Es decir aquellos que, basados en la equidad o en el derecho invocado por las partes, podían reemplazar a los tradicionales contratos de derecho estricto, categoría que se constituyó vg, por contratos paralelos a los reales de comodato, prenda y depósito, reemplazados por negocios de buena fe, en que la entrega se hacía en propiedad por vía de la *mancipatio*. Sohm, indica que el origen de los *bona fidei negotii* se encuentra en la ***mancipatio fidei*** ***causae***, (que otorgaba una *actio fidei* o *actio bonae fidei*), que procedía para reemplazar a la prenda, depósito, comodato y otros contratos cuando existía obligación de entregar una cosa pero con reserva de la obligación de devolverla (abarcando también entonces al mandato y arrendamiento) y por cuyo efecto operaba la transferencia de la propiedad, reservándose el que entregaba, sólo un derecho personal de crédito y por ello luego comenzó a usarse para los contratos reales nominados (comodato, depósito y prenda).- En éstos el juez tenía posibilidad de enjuiciar y resolver basado en la equidad como en los contratos de sociedad, compraventa, locación, prenda, comodato y depósito entre otros.

De lo expuesto surge la primera clasificación en Contratos de Derecho Estricto (en los que el Juez debía juzgar de acuerdo a lo pactado estrictamente a favor o en contra de lo solicitado) y Contratos *bonae fidei* (en los que podía atenderse a la *aequitas*)

2. Distinguieron los romanos a los contratos unilaterales de los sinalagmáticos cada uno con sus efectos propios, que, aunque de mayor imprecisión que la ciencia del derecho les da en la actualidad²⁷

²⁵ La *condictio* era un remedio procesal que otorgaba el pretor para obtener principalmente la restitución de lo dado u obtenido sin causa. En consecuencia, mediante una interpretación conjunta de los pasajes gayanos, existiría una *condictio incerti* general, mediante la cual se podría reclamar el *incertum* contenido en una *stipulatio*, pero sin remisión a ésta (*formula qua incertum petimus: quidquid paret Nm Nm Ao Ao dare facere oportere*, Gayo IV,131). Pero si el actor quería protegerse frente a la consunción total de la acción debía advertirlo en la fórmula mediante una *praescriptio* que hacía la función de *demonstratio*

²⁶ Sohm, Rodolfo Historia e Instituciones del Derecho Privado. La España Moderna. Madrid 1.898

²⁷ Así, en los contratos bilaterales, el pacto comisorio tenía una connotación distinta, alusiva a la posibilidad de apropiación de la cosa debida por parte del acreedor. La mora de cada parte estaba condicionada a la de la otra a través de *exceptio non adimpleti contractus*.

3. También reconocieron las diferencias entre contratos según el destino o finalidad en:

Nominados e innominados. Los **nominados** eran aquellos a los que, dada la frecuencia de su utilización, la ley asignaba un nombre y régimen propio: se categorizaron como *verbis* -se hacían bajo la forma del nexum per aes et libram, con balanza y testigos, reemplazado luego por la sponsio o stipulario, sin balanza ni testigos y sólo atendiendo al empleo de fórmulas rituales-; *litteris* (coex accepti et expensi); *reales* (basados en la obligación de restituir que genera la entrega de una cosa), y *consensuales*-. Los **Innominados**, carecían de nombre propio pero generaban tutela y una acción en tanto importaban la respuesta a una prestación con finalidad vinculante aceptada y consentida (do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias)²⁸.-

4. **Contratos gratuitos y onerosos, de ius gentium o civile, principales o accesorios** son otras de las clasificaciones consideradas desde la antigüedad.

En todos los casos, los contractus – negotii eran tipos taxativamente propuestos²⁹, que luego, en la época del Imperio de Oriente llamada Bizantina, “bajo el influjo de las ideas helénicas se produce el destaque de la voluntad del hombre como potencia creadora, si bien se hace precisa la consignación por escrito de sus declaraciones cobrando por ello superlativo relieve, los prolijos formularios contractuales que, en forma escrita se utilizaban en el Oriente del Imperio. Los prototipos simbólicos inmaculados de la época anterior pierden su forma rígida, el animus incorporado al documento puede alterar perfectamente la esencia misma del negocio, el cual puede adquirir formas y líneas muy concretas y especiales, según las características individuales de querer”³⁰, durante la época Justiniana cobra vigor creciente el consensualismo y siglos mas tarde la Escuela del Derecho Natural consagra finalmente de manera expresa el principio del consensualismo con la afirmación de los derechos de los particulares frente a los del Estado.

²⁸ Paralelamente al nacimiento de los bonae fidei negocia, la sponsio -antes de fines de la República llamados consensuales- junto a los reales (nominados -prenda, comodato y depósito- e innominados) otorgaban acción al demandante que hubiera cumplido su prestación, por lo que los contratos innominados se pueden clasificar según las prestaciones ya en esa época como “do ut des”, “do ut facias”, “facio ut des” y “facio ut facias”.-

²⁹ Compagnucci de Caso: El negocio jurídico, pág 58.-

Petit³¹, cuando explica la causa de los contratos, expresa que la palabra **causa**, se emplea en acepciones diversas: a) contratos y delitos como causas civiles **de obligaciones**; b) causa asimilada a la **forma** (la palabra en los contratos verbis, vg.); y c) **motivo jurídico** del consentimiento (causa fin objetiva).- Infra abundaremos acerca de la distinción entre fuente de las obligaciones (contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos) y la de los contratos (consentimiento y en un segundo momento la capacidad, legitimación, idoneidad del objeto también llamados “presupuestos” por la doctrina moderna³²) así como de la predicabilidad de la causa fin, -en primer lugar del acto o negocio jurídico, tanto como del contrato y de las obligaciones- y las otras acepciones que la causa asume en el Derecho.

En Roma la causa era esencial en contratos que llevan la causa en sí mismos: sinalagmáticos perfectos, re, mandato e innominados en que la prestación de uno es causa de la del otro.- No así en los litteris ni otras estipulaciones en que las partes se obligan con tal de que se cumplan las formalidades.- Petit esclarece de este modo la cuestión que nos ocupa dado que distingue la conducta-causa (contratos re, sinalagmáticos perfectos, mandatos e innominados en que la prestación o conducta de uno es causa de la obligación del otro), de la forma-causa (de los contratos litteris o verbales).-

Respecto a los contratos reales, la entrega no era en Roma una forma sino causa fuente de la obligación de restituir³³. Dado este origen: “cuando hay entrega de una cosa –que manifiesta el consentimiento- se engendra la obligación de restituir”. Esto no puede llevarnos a inferir lo contrario: “si no hay entrega no hay acuerdo de mutuo, comodato, depósito o prenda”, que fue lo que se plasmó en el estudio y legislación posterior a estos contratos.-

De todos modos al lado de esta afirmación agregaremos que en todos los casos el cumplimiento de las formalidades en los contratos era esencial, de tal manera que la forma en aquel tiempo puede darse en llamar “causa formal” y que la entrega

³⁰ Compagnucci de Caso en cita a Puig Peña, Tratado, t I, vol II, pág 464.-

³¹ Op cit, pág 394 y ss.

³² López de Zavalía, op cit

desempeñó igualmente el papel de “causa”. De la esencialidad de las formas que tenían carácter constitutivo, la herencia romana necesitó el fortalecimiento del consentimiento que la historia posterior ganó para los acuerdos³⁴.-

B) El Contrato en la Actualidad. Introducción:

De lo expuesto a nuestros días, se ha seguido una espiritualización conceptual constante –que ya señaláramos como devenida de la creciente teorización, que partiendo del pragmatismo de los romanos se generase luego en la historia.-

Así, hasta nuestros días la evolución del concepto de contrato ha partido del contrato de rigurosa formalidad, cuyas especies nacieran al paso de los cambios y necesidades económicas de ciudadanos y gentiles, proceso de decantación dado por la fusión con la cultura helénica, el uso creciente de la escritura; la creación de Escuelas y Universidades que comentaron y estudiaron en profundización creciente al Derecho Romano, y su propagación.-

Verificamos entonces que en el Derecho Romano los convenios abarcaban acuerdos con efectos personales o creditorios (contratos verbales, escritos, reales y consensuales), distintos de los modos de adquirir el dominio (mancipatio, in iure cessio y traditio). No obstante la clara diferencia entre convenios contractuales y convenios constitutivos de derechos reales, se ha generalizado el concepto de contrato, controvirtiéndose hoy en la teoría actual del Derecho, si el contrato como especie del convenio, se considera abarcativo de los efectos reales e intelectuales, efectos que además requieren del modo propio de adquisición.-

Evidentemente la precisión posterior del concepto de contrato, la definición de los actos jurídicos y su clasificación así como la ulterior delimitación del pago como

³³ La doctrina no es conteste al respeto, pronunciándose algunos por equiparla a la forma, finalidad, condición o elemento de tipo.

³⁴ proceso que generó la espiritualización del vínculo y el concepto de causa fin como idea connatural e innata al acto voluntario. Cfr infra II, causa.-

- 19 -EL CONSENTIMIENTO EN LA FORMULACIÓN DE LOS CONTRATOS.
SUPERVIVENCIA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES. Consentimiento
Causa y Forma de los actos jurídicos
cumplimiento voluntario de las obligaciones, han determinado las órbitas –que aunque
admiten posiciones doctrinarias de distinto corte, suponen circunscribir las primitivas
nociones a encuadres teóricos de mayor profundidad.

Tesis acerca de la concepción del contrato: Siguiendo en apretada síntesis al Dr.
LÓPEZ de Zavalía, exponemos cuatro –e incluso cinco- tesis modernas acerca de la
concepción del CONTRATO, en base a lo cual agregamos los lineamientos que han
seguido autores y codificaciones en punto a las relaciones jurídicas que regula y a los
derechos que abarca como su objeto propio: tales la teoría amplia, restringida,
intermedia, restrictiva o inclusive la amplísima:

:

a) amplia: acto jurídico bilateral patrimonial	b) restringida: negocio jurídico creador de obligaciones	c) Intermedia A: El contrato tiene como efecto crear, modificar, transferir y extinguir obligaciones	d) Intermedia B o llamada "restrictiva": idem a la anterior excepto en el efecto transmisivo o extintivo
Alterini , Contratos, p. 10;	Derecho Romano (Institutas de Justiniano)	Llambías , Oblig. n.º 180	Freitas (1830, 1831 y 1832 del Esboco en el contexto del acto jurídico: 438 al 1157)
Salvat , Fuentes, °11;	Pasquale Voci La dottrina romana del contratto, Milán 1946,	Domat , L.º1, t.1, 1	Sánchez Urte , - (citado por Rivera en Llambías-Alterini, Código Civil -a propósito del 1137);
Borda , Obligac, 1162	Giorgio Bo : Lezioni sui contratti, Génova, 1946)	Maynz ,	
López de Zavalía , Teoría de los Contratos, I,	Lafaille , Trat. N.º 4;	Mosset Iturraspe , Teoría Gral del Contrato, p.11 y ss,	
Videla Escalada ,	Arias , Contrato, p.47	Spota	
Messineo	Pavón , Teoría Gral N.º1 y ss,	Alterini (Llambías:: Código Civil Anotado)	
Muñoz ,	Castillo , Curso de D. Comercial, II, 4;	Machado	
Garrido-Zago , Contratos civ. y comerciales, p.35	Acuña Anzorena , (Actualiz de Salvat, Tratado...Ed TEA 1950/4)	Stiglitz (Contratos, Depalma, 1994, si bien dice enrolarse en la amplia, no en el sentido que acá la usamos: el contrato es apto por sí solo para constituir derechos reales en forma inmediata)	
Gherzi ,	Abelenda , Teoría G. de los Contratos, N.º22		
Aparicio	Aubry et Rau (Cours de droit civil...p.283)		
Gastaldi	Duranton , L.º1,3		
Italia	Colin y Capitant (C.elemental.p.580)		
Argentina	Marcadé (Elements du droit civil..., p.362)		
Bolivia	Pothier (Tratado de las obligaciones p.12)		
Cuba	Planiol y Ripert (Tratado Práctico... p.23) Digesto (sin concepto genérico: convención, pacto: 2, XIV, 1 Y 45, I,2)		
Nicaragua	España	Louisiana	
Perú	Francia	México	
Venezuela	Colombia		
	Chile		
	Guatemala		
	Holanda		
	Puerto Rico		
	Uruguay		

e) “amplísima”: acto jurídico bilateral que abarca incluso los extramatrimoniales: Tal la posición doctrinaria de Savigny³⁵ y Pothier³⁶.- Entre nuestros autores, Machado.- En tal prisma, la Convención Interamericana de México de 1994, aplicable a los contratos internacionales.-

Esta posición fue expresamente rechazada por la Comisión de Proyecto de legislación unificada decreto 468/92 al definir el contrato en el art.850 así como antes en el CC Italiano del 42, que exigió que la relación jurídica fuera patrimonial. En otras legislaciones como la nuestra, no se expide acerca del carácter patrimonial pero complementado con otros artículos, circunscribe estos acuerdos al ámbito económicamente valorativo (art 1137, en conjunción con el art 1169 CC)³⁷.-

Nuestro criterio para ubicar a los autores es su interpretación de la amplitud de la noción de contrato, es de acuerdo a lo que entienden por efectos inmediatos de los contratos por lo que no incluimos en la posición amplia a quienes entienden que el efecto real es mediato³⁸, según nos explicaremos y a menos que el propio autor explicita su personal posición.-

Surge con meridiana claridad del cuadro antecedente, el cambio de concepción: los clásicos antiguos, por la tesis B o restringida que se pronuncian a favor del contrato creador de obligaciones; y los contemporáneos, partidarios del contrato que tiene por objeto directo además de las obligaciones, los derechos reales e intelectuales.-

No obstante la tendencia, seguimos en esto al maestro Llambías quien en su sabia y perdurable vigencia funda una posición intermedia que en nuestro modesto entender resulta plenamente justificada y terminológicamente compatible con las tendencias europeas que apoyan la construcción contractual en la prolija metodología del negocio jurídico.- David Fabio Esborraz en brillante tesis dirigida por el Dr Sandro Schipani analiza el contrato en América Latina, y remoja su carácter creditorio.³⁹.

Pensamos que circunscribir el contrato a los derechos creditorios permite mayor pulcritud conceptual y terminológica.- En el análisis de nuestra doctrina comprobamos que quienes

³⁵ SAVIGNY, M.F.C., “Sistema del derecho romano actual, trad. De Mesía y Poley, 2ª. Ed, Madrid –Centro Editorial de Góngora, &CXL, pág 333.-

³⁶ La cita a Pothier es de ALTERINI, Obligaciones, Abeledo Perrot, Bs As 1998.-

³⁷ Para la cuestión española Espín Canovas, Manual, págs. 347/8).

³⁸ Mosset Iturraspe, Alterini en el CC comentado. Stiglitz dice adherir a la amplia pero atribuye efecto reales mediatos por lo que hemos ubicado al autor con dudoso criterio.-

³⁹ FABIO ESBORRAZ, David (2006): *Contrato y sistema en América Latina, Rubinzal* (Santa Fe, Culzoni Editores & Centro di Studi Giuridici Latinoamericani - Università di Roma “Tor Vergata”/C.N.R) 312 pp. Comentado por Claudia Mejías Alonso

adhieren a la amplia, no discuten los postulados de la tesis intermedia, por el contrario los comparten excepto porque amplían como efectos de los contratos, la producción de todos los efectos patrimoniales incluidos los derechos reales e intelectuales, no distinguiendo si la producción del efecto es mediata o inmediata. Creemos que la amplia mayoría de los autores que se enrolan en la amplia sostienen sin embargo que los contratos producen efectos reales sólo de manera mediata por la sólida valla que el 577 CC opone a la inmediatez, agregando al título fundante de los derechos reales, la necesidad de un modo causal igualmente esencial para la constitución de los derechos reales y los intelectuales. El régimen de los intelectuales, como se sabe, es analógico en cuanto a que se trata de un derecho de propiedad, oponible erga omnes y distinto en cuanto a sus particularidades de adquisición, perdurabilidad y extinción así como a su público reconocimiento y control estatal⁴⁰. La consideración de los efectos de los contratos en relación a éstos últimos excede el actual tratamiento por lo que dejamos esbozada su problemática particular.- Constituye en cambio un tema de imprescindible ahondamiento la producción de efectos reales pues es posible distinguir los contratos reales de los contratos con efectos reales.

Los primeros son aquellos delimitados en el art 1141: “Los contratos reales, para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre que versare el contrato”, en tanto que los contratos con efectos reales son los que tienen por objeto la producción de derechos reales: su constitución, modificación, transmisión o extinción⁴¹.

Respecto a la denominación de contratos con efecto real, el Dr Compagnucci de Caso, siguiendo a Stolfi, los llama “traslativos” por oposición a los “obligatorios”⁴², lo que hecha luces a nuestra investigación y no es un detalle menor.-

C.- Legislaciones:

C.1) Nuestro Código:

⁴⁰ Nos distraería de nuestro cometido analizar ahora la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales

⁴¹ Para el análisis pormenorizado de la cuestión: Bueres: “La entrega de la cosa...”, López de Zavalía: “Contratos”.- Compagnucci de Caso: “El negocio jurídico”.

EL Dr. Alterini⁴³ entiende que el Libro II, Sección Tercera de nuestro Código, trata de los contratos creadores o generadores de obligaciones **-posición restringida-**, no obstante la letra del 1137 y 1169 llevan el espectro a la posición amplia-.

Con otro criterio, el Dr. Mosset Iturraspe⁴⁴ entiende que el Código se enrola en la **posición intermedia**, a pesar de la letra del 1137 y en razón del juego con los arts. 1168/9, 944, excluyendo expresamente, por obra del 577, a la posibilidad del contrato constitutivo o transmisivo de relaciones reales de manera inmediata.-

Garrido Zago, en análogo comentario expone que el Código en el artículo **1137 está por la amplia**, aunque en **la nota se pronuncia por la restrictiva** (evidentemente llama así a la que acá llamamos intermedia).

Paralelamente a la evolución contractual hacia el consensualismo, se ha dado un avance también hacia la espiritualización de la tradición que, nacida en el derecho romano como acto material –luego denominado acto real- necesario para aprehender las cosas-, fue admitiendo la “quasitraditio”, “traditio ficta” y “traditio instrumental”⁴⁵. En el Derecho español por ejemplo, se legisló la presunción de tradición para la hipoteca art 38 de la ley Hipotecaria, así como el caso de la tradición sin desplazamiento posesorio del art 1473 del CC Español.

El Dr López de Zavalía⁴⁶ –con la genialidad y rigor lógico que lo caracterizan-, combate el hilo argumental que vengo sosteniendo respecto a la mediatez de los efectos reales, que impiden excluir tales efectos como propios del contrato pues suponen además del “modo” exigido por el art 577 como requisito para la constitución de derechos reales. Dice el autor que el argumento es rebatible desde que la prenda y la anticresis “conlleven ínsita la tradición”, y en el caso de la hipoteca, “del acuerdo hipotecario surge el derecho real de hipoteca, sin necesidad de tradición alguna”. El autor no hace referencia a las servidumbres negativas.

El Dr Stiglitz⁴⁷, expone el tema con gran maestría: 1) hay contratos constitutivos o traslativos de derechos reales como causa inmediata como en los que casos que la tradición precede al

⁴² Compagnucci de Caso, “El negocio jurídico”, pág 81.

⁴³ Alterini, Obligaciones, Pág.664.-

⁴⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Contratos” p.16 y ss.

⁴⁵ Lacruz Berdejo José Luis: “Estudios de Derecho Privado comun y foral” – Ed. Bosch- Madrid Tomo I. 2005. En igual sentido Díez Picasso.

⁴⁶ López de Zavalía, pag 17 y 18.

⁴⁷ Stiglitz...”Contratos”, pág 7 a 15

título suficiente por existir vg un boleto de compraventa que provocase una tradición posesoria del 2377CC, otro es también el caso de la traditio brevi manu del 2387 CC y el constituto posesorio del 2462 inc 3, todos casos en que el título es la causa directa del efecto real pues el modo es anterior, aún en el caso de la extinción del derecho; 2) contratos constitutivos o traslativos de derechos reales que se ejercen por la posesión como la prenda, anticresis, mutuo (2244 CC), depósito irregular (2190 CC), donación manual (1816 CC) pero que importan un efecto real inmediato del contrato pues la tradición en estos casos no es la del “modo constitutivo de los derechos reales del 577 CC”, sino “la entrega constitutiva que les cabe por ser contratos reales”; 3) hay derechos reales que no exigen “modo” constitutivo pues no se ejercen por la posesión: tales la hipoteca y servidumbres negativas y por tanto el contrato es causa inmediata del efecto real.

Si bien el autor explica que el título es “la posibilidad jurídica de la adquisición” del derecho real que se ejerce por la posesión, y el modo es “el acto mediante el cual tiene lugar esa adquisición, realizando aquella posibilidad”.-

C.2) Fuentes de nuestra ley:

Freitas, en la nota a su art 438, rebate a Savigny quien denomina genéricamente contratos a los actos entre vivos. Así agrega que nadie llama contrato al “acto de la emancipación, al de adopciones, de reconocimiento de hijos naturales, **al acto de la tradición, y a los actos constitutivos de derechos reales, de los cuales resultan solo los mismos derechos reales y no derechos personales y obligaciones**”. El autor alemán por su parte, llama “contratos forzosos” a los actos bilaterales patrimoniales, dentro de cuyo género resalta no obstante a os “contratos obligatorios”⁴⁸. Vélez cita a Mainz -para quien los contratos tienen por objeto

⁴⁸ Savigny, “Sistema...”, t 2, pág 332/6. En su amplia concepción indica a la tradición como contrato por entender que reúne todos los elementos de los contratos: acuerdo de voluntades para transmitir la posesión y la propiedad, y un cambio para las partes en sus relaciones de derecho. Destaca además que el contrato obligatorio

crear o extinguir obligaciones-, a Aubry y Rau y Duranton -que distinguen el contrato como especie de la convención por el que las partes se obligan a una prestación.-

Evidentemente entre los primeros Códigos de raíz romanista, el francés y el español se enrolan en la posición restrictiva en tanto el sistema alemán para la formación de un negocio obligacional por actos jurídicos, como para toda modificación del contenido de un negocio obligacional, exige un contrato celebrado entre las partes, salvo que la ley disponga de otro modo pero omite definirlo y ha inspirado Códigos como el suizo, que establece el concepto amplio del contrato.

Sin perjuicio del giro conceptual que propone la moderna doctrina, resultan más numerosos los Códigos que hacen derivar del contrato efectos exclusivamente creditorios (cfr cuadro ad hoc)

C.3) Proyectos de reforma y legislación extranjera:

Los Proyectos de Reforma o Unificación coincidieron acerca de la cuestión: tanto Bibiloni y Anteproyecto de 1954 (art.1005), Proyecto del 87, (ley 24032, vetado por dec.2719/91), Comisión de 1993 del PE y Cámara de Diputados, así como el Proyecto de 1998, todos se pronunciaron por mantener la amplia.

Los códigos que dan una definición amplia⁴⁹, son el de Italia (1865-1942), Perú de 1984 (art 1351), Venezuela (1942- art 1133), Nicaragua (art.2435), Bolivia (arts 450,110, 294, 352); Cuba (309).-

Establecen la restrictiva en general, el Código Español, Francés (en que las partes en el contrato se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa aunque se desprende del art.1138 del

casi siempre los precede o acompaña.- Cita a Kelsen para quien el contrato se reduce al imperio sobre la propiedad (pág 338).-

⁴⁹ ITALIA Art. 1321 Nozione Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. VENEZUELA 1133- El contrato es una convención entre dos o mas personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vinculo jurídico. BOLIVIA Art. 450.- Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica. (Arts. 110, 294, 352, del Código Civil) CUBA Art.309. Mediante el contrato se constituye una relación jurídica o se modifica o extingue la existente. ARTICULO 310. El contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad.

Código Francés, la traslación de derechos reales⁵⁰), Colombia (art 1495), Uruguay (art 1247), Chile (art 1438), Guatemala (art 1396), Puerto Rico (art 1206) y el holandés de 1992 (art.213 del libro 6^o⁵¹). Cabe decir que a pesar de la definición legal, la doctrina de esos países ha sustentado un criterio amplio-

El Código de Louisiana de 1984 (art 1906) y México⁵² (1792) por la **Intermedia**.-

D) Síntesis del concepto de contrato en relación a la categoría de los contratos reales.

Diremos pues con el Dr Alterini⁵³-quien se refiere a Colin Capitant-, que la distinción no resulta relevante desde el punto de vista práctico por cuanto se aplica el régimen de los contratos de manera supletoria a los restantes acuerdos por virtud de los principios consagrados en el art 16.

No obstante esta identidad o unificación de régimen, el interés es esencial en cambio desde el punto de vista teórico pues la asimilación terminológica puede traer, en nuestro modesto entender, una ausencia de distinción pedagógica o asimilaciones conceptuales impropias.-

En primer lugar, tiene fundamental importancia determinar cuál es la amplitud efectual del contrato: derechos patrimoniales creditorios, reales o intelectuales; teniendo en cuenta que hay contratos reales de efectos reales y otros de efectos creditorios; en segundo lugar, cualquiera sea la amplitud de los efectos, determinar cuáles son sus elementos, presupuestos y circunstancias (rol del consentimiento, causa, objeto y forma) comparativamente con los elementos de los actos jurídicos y de las obligaciones; y finalmente, cuál es el papel de la entrega de la cosa como requisito constitutivo de los contratos reales y su verdadera esencia para determinar su valor en los restantes actos traditivos.-

⁵⁰ Alterini, Contratos.pág 10

⁵¹ El nuevo código reformado en 1992 contiene la siguiente estructura: Libro 1: Individuos y Familias LIBRO 2: Personas Jurídicas LIBRO 3: Activos LIBRO 4: Herencia / Sucesión LIBRO 5: Propiedad LIBRO 6: contratos, obligaciones LIBRO 7: Los contratos específicos que LIBRO 7 (a): Los contratos específicos II LIBRO 8: Recursos de Movimiento y Transporte LIBRO 9: Propiedad Intelectual LIBRO 10: Derecho Internacional Privado

⁵² MÉXICO Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. ESTADO DE VERACRUZ Y DE COLIMA Artículo 1725 y 1683 respectivamente.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Artículo 1726 y 1684 respectivamente.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos. ESTADO DE CALIFORNIA 1679- Contrato es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

⁵³ Alterini ...C ontratos... pág 9

Primera cuestión: Posicionándonos en la determinación de la amplitud efectual del contrato, entendemos que éste sólo produce efectos inmediatos creditorios, es decir que sus efectos, tienden a la adquisición, modificación, transmisión y extinción de obligaciones y mediatamente de derechos reales. Desde esta conclusión admitimos complementariamente la categoría de actos reales en la clasificación de los negocios jurídicos con las ventajas conceptuales y pedagógicas que explicamos resumiendo lo que ya esbozáramos de manera introductoria: sostener que el contrato es productor directo de efectos reales, consagra el carácter contractual de la tradición, de donde todo contrato con efecto real tendría dos contratos como fuente del derecho real, tales el contrato conteniendo el título causal y otro con el modo traditivo impuesto por el art 577 CC pues si bien es posible la concatenación de acuerdos con igual fin como sucede en los acuerdos precontractuales, una vez concluido el definitivo, sólo resta la ejecución del mismo y el acto debido no importa un consentimiento libre, diferente o adicional.

Segunda cuestión: La correcta determinación de los elementos o presupuestos de los contratos, es fundamental para ubicar el justo rol que ha de asumir la entrega y verificar luego si es causa –fuente o fin-, forma, requisito de cualidad o condición o –tal como lo sostiene en síntesis la doctrina-, requisito general y específico del tipo contractual. Además, conocer el valor del consentimiento en el contrato descubrirá si es admisible entender la entrega como elemento constitutivo del contrato.

Tercera cuestión: La teoría del “título y modo”, concluye en que dos contratos generan el derecho real. Se presenta como conveniente considerar la mayor exactitud terminológico-conceptual que resulta de respetar la división de los actos jurídicos en negocios jurídicos, resoluciones, actos debidos e ilícitos⁵⁴ o desde otro punto de vista en simples actos lícitos semejantes a los actos jurídicos⁵⁵ (dentro de los cuales se encuentran los actos reales o

⁵⁴ Para el maestro Carnelutti (Estudios de Derecho Procesal, tomo 1, &23, pág 68: la clasificación de los actos resulta de la manera en que se conjuga la finalidad práctica perseguida por las partes y el efecto jurídico. Así dentro de los actos jurídicos podemos encontrar actos lícitos y actos jurídicos propiamente dichos. En los ACTOS LÍCITOS el fin práctico es independiente del efecto jurídico, vg escribir un libro. Dentro ya de los ACTOS JURÍDICOS PROPIOS, hay además de la finalidad práctica, la búsqueda del efecto jurídico: en los actos jurídicos estrictu sensu, o actos jurídicos esenciales, tenemos los PROVEIMIENTOS –que son el ejercicio de un poder-, los NEGOCIOS JURÍDICOS –que son el ejercicio de un derecho subjetivo- y los ACTOS DEBIDOS, que suponen el cumplimiento de una obligación.- De allí, la categorización determina 5 clases: actos lícitos puros, negocios jurídicos, actos ilícitos –los dos últimos antítesis del negocio jurídico-, proveimientos o resoluciones y actos debidos.

⁵⁵ Orgaz se refiere a la doctrina europea en sus diversas agrupaciones de criterios clasificatorios...Hechos y actos o negocios jurídicos...pág 21 y sgtes.

materiales), actos jurídicos⁵⁶ o las que dividiendo los actos en simples o complejos, consagran los últimos como referidos a actos que se complementan con otros; o la división entre constitutivos, impeditivos y extintivos; categorizaciones todas que permiten admitir que la traditio es un acto real, complejo y extintivo-constitutivo para el tradens y accipiens respectivamente y que finalmente es pago o acto de ejecución⁵⁷.

Ahondaremos sobre el tema al tratar la naturaleza jurídica de la datio y traditio y la causa.

Por otro lado, si bien la doctrina reconoce la diferencia entre contratos reales en los que la denominación de “reales”, alude al requisito constitutivo y perfeccionante de la entrega de la cosa, y los “contratos con efecto real” o modificatorios de los derechos reales, puede existir confusión conceptual. En este sentido por su parte, tenemos contratos reales de efectos creditorios (comodato depósito), de efectos mixtos (contrato oneroso de renta vitalicia), y de efectos reales (mutuo, constitución de prenda y anticresis). Parece confuso utilizar la denominación “real” en ambos casos.-

D) Doctrina

D.1) Elementos del contrato:

Como exposición teórica previa, los clásicos han dividido a los elementos de los contratos en esenciales -capacidad, consentimiento, causa, objeto-, naturales y accidentales (Borda). También son llamados estructurales -consentimiento, objeto y causa-, naturales y accidentales (Mosset Iturraspe y Gherzi). De la definición de contrato de Stiglitz como “coincidencia de las voliciones de ambas partes con relación al objeto y a la causa del

⁵⁶ Cifuentes Santos...Negocio jurídico...clasificación, pág 15

⁵⁷ Si bien el Dr Compagnucci de Caso (El Negocio Jurídico, págs 10, 16 y 17), no se refiere en su clasificación de los hechos jurídicos a los actos reales como especie de actos semejantes a negocios jurídicos, –antes bien dice que tales actos semejantes no tienen consagración legislativa en nuestro país, explica al pago como “acto debido”, especie de acto semejante a los negocios jurídicos por cuanto es lícito, pero sin libertad de declaración – idem ALbaladejo y Betti-, línea que también comparte el maestro Galli (Galli, Enrique V: “Naturaleza y prueba del pago”, Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, año 1941, pág 209)

contrato”, surge prístina la que luego explicita como su concepción de lo que son los elementos esenciales.

La teoría de los contratos que comienza a gestarse con el corpus de Justiniano –texto que sólo describe la “conventio”-, y sólo muy posteriormente a través de la doctrina elaborada por los autores de la Escuela del Derecho Natural, afianzará el consentimiento como elemento fundante de los acuerdos, que equipara por fin, los contratos y pactos⁵⁸. Según la autora de nota, con Grocio nace también con nitidez, la causa negocial; la doctrina anterior al CC Francés –Domat y Pothier en concreto- reafirma el consensualismo y no vuelven los autores a hablar de pactos. Domat ubicó la causa como elemento de las obligaciones, que Pothier avizora como elemento de los contratos. Estudian también al objeto de los contratos con mayor profundidad y abstracción. Más tarde, los comentaristas y doctrinarios franceses de principios de siglo XX, completan la determinación de los elementos conforme a una teoría que perfilaremos como “clásica”.- Colin Capitant expone tres cosas necesarias para la existencia del contrato -consentimiento, objeto y causa- en tanto una lo es para su validez (forma)⁵⁹.

Estos postulados receptados por nuestra doctrina clásica, se afianzaron con la teoría generada por los comentaristas de las primeras codificaciones europeas de raíz romanista.

Ahondar sobre la teoría del hecho y acto jurídicos, y del contrato como especie de éstos últimos, significó indagar sobre sus elementos particulares. Respecto al negocio jurídico como género analizaremos infra cuáles son los elementos de los mismos pues creemos

⁵⁸ Gete Alonso y Calera, pág 54 y sgtes, explica que el consentimiento como elemento estructural del contrato, - así consagrado por la legislación española-, sólo nace como tal luego de una lenta evolución, concretizada más claramente en la definición de Donello y haciéndose evidente con la Escuela de Derecho Natural. Anteriormente en las glosas de la Escuela de Bolonia, aunque no elaboran tampoco una noción general del contrato, los autores rescatan la conventio con nomen -de los contratos verbis, litteris, re y consensuales-, y loa que se forman con intervención de la cosa –innominados del datio vel factum- o pactos vestidos. Los postglosadores resumen esta incipiente teoría declarando obligatoria la conventio con vestimentum –nomen o pactos vestidos- o por la justa causa en los innominados.- Recién los romanistas y humanistas definirán al contrato partiendo del consentimiento. Los primeros comentaristas de esta escuela siguen el sistema marcado por los postglosadores aunque se plantean ya el fundamento de la distinción entre el nudo pacto y los contratos estipulatorios o verbis haciéndolo radicar en que los segundos son “contrato” por ser convención “formal” de donde deducimos que el valor del consentimiento era todavía débil y no adquirió para entonces el carácter de elemento estructural o esencial. Posteriormente Donello define al contrato como “el consentimiento de dos o más en obligarse a dar o hacer algo aprobado por el Derecho” Luego Voet asocia al contrato con la antigua conventio romana que obliga pura y simplemente aunque sus contemporáneos todavía radiquen la obligación en el nomen o causa. Así Vinnio divide los contratos en nominados e innominados los primeros de los cuales eran explicados por su uso frecuente. Finalmente Grocio profundiza la noción de consentimiento tomada luego por los autores anteriores a la ley francesa. De allí, deducimos que la elaboración teórica de los elementos de los contratos se plasmó en la teoría clásica.

necesario distinguir los elementos de los actos o negocios jurídicos, de los contratos y de las obligaciones según el grado de abstracción que cada una de estas realidades representa.-

Algunos cuerpos legales expresamente establecen los elementos de los contratos: el CCFrancés de 1804 determina como tales al consentimiento, objeto, causa y capacidad; el Español excluye a la capacidad y el italiano agrega la forma.

Nuestro Código legisla sobre la causa en el articulado relativo a las obligaciones (arts 499 a 502 CC), en tanto el consentimiento, objeto y forma en la Sección Tercera atinente a la materia de los contratos. De todas maneras, son contundentes e invita a la reflexión, las remisiones a lo dispuesto para los actos jurídicos -tratados en la Sección Segunda, título tercero-, que realizan el 1167 y el 1182 CC que se refieren al objeto y forma de los contratos. Dice el 1167: “Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones, rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos”. A su turno el 1182 consagra: “Lo dispuesto en cuanto a las formas de los actos jurídicos debe observarse en los contratos” (973 a 1036CC).

Los autores argentinos en su mayoría, mantienen la concepción clásica referida a los elementos de los contratos, tales las obras de Salvat, Spota, Arias, Borda, Lafaille, Gastaldi, Gherzi, Stiglitz, dividiéndolos en estructurales o esenciales, naturales o propios y accidentales o particulares.⁶⁰

Otra doctrina –que llamaremos moderna aunque ambas coexisten y reciben nuevos aportes-⁶¹ reemplaza el criterio distinguiendo: presupuestos (consentimiento, capacidad y poder de negociación del sujeto, así como idoneidad del objeto), elementos (forma y contenido⁶²) y circunstancias (elementos concomitantes o posteriores pero exteriores al contrato).

Vamos a hacer ahora una clarificación de lo que pensamos que no son posiciones antagónicas, evidenciando las coincidencias.

⁵⁹ COLIN y CAPITANT “Curso elemental de derecho civil francés.” León J. de la Morandière, Dalloz. Parçis 1939. Reus. Madrid. 1943)

⁶⁰ BORDA, Guillermo: “Manual de Contratos”. Lexis Nexis. Bs As 2004. GASTALDI, José María: “Contratos” Abeledo Perrot. Bs As. 1997. GHERSI, Carlos A: “Contratos civiles y comerciales”. Astrea. Bs As 1998. MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Contratos”. Rubinzal Culzoni Ed. Bs As 1998. STIGLITZ, Rubén S: “Contratos. Teoría General”. Depalma. 1994.

⁶¹ López de Zavalía, Wayar, siguiendo la línea del maestro Carnelutti Francesco: “Teoría general del Derecho”, pág 145 y sgtes

⁶² Integrado por las cláusulas esenciales, naturales y accidentales

La clasificación moderna circunscribe los elementos de los contratos, a la forma y contenido, pero el contenido abarca cláusulas esenciales, naturales y accidentales. Observemos ahora que los clásicos determinan como elementos al consentimiento –y capacidad en su caso⁶³- objeto y causa, incluyendo a veces a la forma. El punto es que en el objeto incluyen las mismas cláusulas que la doctrina moderna llama “contenido”, especificándolo en tanto le atribuyan un carácter objetivo, subjetivo, meramente práctico o jurídico. Vemos imperativa la distinción de los bienes propiamente dichos en tanto objeto de las obligaciones, o de la prestación, en tanto contenido inmediato. Palabras mas o menos, la distinción se impone-

La moderna clasificación tiene el mérito de distinguir los contratos de las obligaciones, error largamente criticado por el codificador en la nota a la Sección Primera del Libro II de nuestro Código⁶⁴, reservando la doctrina la noción de sujetos, objeto, prestación y vínculo para la obligación. Respecto a la noción de causa, nos adelantamos a dejar esbozado que la entendemos como elemento del acto jurídico, realidad que ontológicamente precede al contrato y por tanto a las obligaciones. En su oportunidad ampliaremos.-

Por lo expuesto y en relación a los elementos de los contratos, creemos que los problemas terminológicos y conceptuales encuentran en la teoría del Acto y Negocio Jurídico, su solución ordenada y en ellos profundizaremos proponiéndonos observar los elementos en cada caso, la opinión de los más cualificados autores, a fin de dilucidar la posición conceptual y terminológica que nos convenza.

Así las cosas, la consideración de la causa como elemento de las relaciones jurídicas, el problema expuesto acerca de la naturaleza jurídica de la entrega y del pago, compelen a amalgamar la terminología, intercalando la doctrina del negocio jurídico.

La doctrina nacional, se refiere general y mayoritariamente a los conceptos de hechos y actos jurídicos, obligaciones y contratos. Rescatamos las obras que los Dres Orgaz. Cifuentes, Galli, COmpagnucci de Caso, Rivera, quienes han profundizado la cuestión, enriqueciéndola con doctrina foránea, ampliando grandemente la perspectiva de la consideración de la teoría del hecho y acto jurídico.

⁶³ Borda, op cit.

⁶⁴ Reniega el codificador de tal equivocación cuando expone textualmente: “Todos los códigos de Europa y de América, imitando al código francés, al tratar de las obligaciones ponen la inscripción: ‘De los contratos o de las obligaciones convencionales’, lo que causa una inmensa confusión en la jurisprudencia, y produce errores que no pueden corregirse. Zachariae, al llegar a esta parte del cod francés, dice así: ‘Nada más vicioso que el método seguido por los redactores de este Código...’, delatando la confusión entre la obligación y una de sus causas.-

Abordaremos en esta investigación el estudio acabado de todos estos conceptos para determinar el papel de la entrega de la cosa en los contratos reales, la definición de los contratos, los efectos reales de los contratos, la naturaleza jurídica del pago y tradición y por tanto concluir con la necesidad –o no- de la derogación legal de los denominados “contratos reales”.

Creemos que la determinación de la necesidad de derogar la categoría de los contratos reales –vistos los elementos de los contratos en la doctrina actual- puede luego profundizarse con el estudio de los tipos contractuales que los contratos reales involucrarían genéricamente en tanto tales y de manera particularizada: el mutuo, comodato, depósito, prenda, anticresis y contrato oneroso de renta vitalicia en tanto especies.

Gete Alonso y Calera basa la tipificación de los contratos en relación a los índices o datos que resultan de los elementos del contrato que determinan la estructura jurídica del tipo contractual. Tal estructura es para la autora, siempre consensual, que recae sobre un objeto determinado y cuya permanencia de la declaración está dada por la causa. De tal modo, de la estructura y luego de la función -en tanto finalidad contractual-, surge la clasificación de los contratos y la regulación específica del tipo según la caracterización. Parecidos lineamientos sigue la doctrina extranjera y nacional respecto al tipo contractual, aunque con distinto enfoque o profundidad.-

En cuanto a la tipicidad de los contratos reales en particular, estima que todos los contratos son consensuales pero la entrega de la cosa en el tipo real es esencial de tal modo que el consentimiento tiene una nota negativa: “siendo éste la fuente normal de las obligaciones (1258CC Esp), no siempre es suficiente por sí solo para provocar tal efecto ...-y en los contratos reales la entrega de la cosa se constituye en INDICE GENERAL DE TIPO que se añade al elemento consentimiento determinando un nuevo ELEMENTO DE TIPO propio de los contratos reales”.-

Explica que los elementos de los contratos son el consentimiento, objeto y causa. Los dos primeros forman la noción primaria y ESTRUCTURA del tipo –dentro de los cuales el consentimiento es esencial y presupuesto básico de los otros elementos-. Por su parte la causa “pone a la vista” la FUNCIÓN DEL TIPO CONTRACTUAL como elemento sobrevenido, añadido a lo tipológico, que si bien se predica de la obligación (art 1261 CC Esp), lo que de

ella se predica en cambio se considera del contrato dando lugar a la tipificación del mismo como ONEROSO o GRATUITO⁶⁵.

Expone que la tipicidad puede ser de primer orden, cuando importa verificar si la relación jurídica es contractual o tiene los elementos del contrato; o de segundo orden, a los fines de indagar cada contrato en particular.

Por su parte, cabe distinguir TIPO y NOMEN. El nomen, propio del derecho antiguo y de sistemas formalistas de acción procesal basados en una causa, pero que también otorgaba una actio praescriptis verbis a contratos innominados que sólo requerían una causa civil genérica basada en el cumplimiento de una prestación. El tipo, del derecho actual, concibe al nomen como un mero dato gamatical de denominación que importa un reconocimiento legal pero traslada el eje de la eficacia del contrato a su propia estructura, tipicidad social que es recogida y regulada por la ley.- Así, “la variación de los datos o índices en relación a los elementos del contrato, determina la variación del tipo o su conversión en uno atípico.-

El consentimiento es elemento que define al contrato, es un concepto indisoluble del acuerdo⁶⁶, es un REQUISITO DE EXISTENCIA del mismo (art 1254 CC Esp); que perfecciona al contrato pues es a partir de entonces que adquiere su fuerza obligatoria (art 1258 CC Esp). Es además REQUISITO DE PERFECCIONAMIENTO (incluso en los contratos reales excepto respecto a la producción de los efectos); es MEDIO DE INCORPORACIÓN DE LOS RESTANTES ELEMENTOS –objeto y causa- art 1261, 1, 2 y 3; y es ELEMENTO SUFICIENTE PARA LA PRODUCCIÓN DEL EFECTO QUERIDO excepto para los contratos reales (art 1740, 1863 y 1758 CC Español).

2) LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES

Conceptualización.

Considerandos: A partir de su existencia como categoría contractual deviene el estudio acerca de:

⁶⁵ Gete Alonso y Calera, pág 693 y sgtes.

A. la génesis histórica de la categoría de los contratos reales

B. definición

C. cuáles son los contratos reales. Análisis de los caracteres de los mismos.

D. Supervivencia de la categoría. Naturaleza de la entrega de la cosa en este contexto.

E. Preliminares de contratos reales.

F. Cuestiones conexas: La teoría del título y modo.

Considerandos:

A.- Génesis histórica: Explica Barea⁶⁷, que para proceder a la revisión conceptual de la categoría de los contratos reales hay que remontarse a los orígenes de la misma, descubriendo su verdadera génesis histórica. “Quizá en ningún tema como en éste se haga sentir más el peso inerte de la tradición. Pero la tradición, por muy secular que sea, no puede aceptarse sin someterla a crítica” (del autor citado). Siguiendo a Alvaro D’Ors⁶⁸ explica que la categoría en cuestión es “un residuo histórico cuya génesis resulta difícil reconocer”.

ROMA CLÁSICA: En opinión de Barea⁶⁹ la jurisprudencia romana clásica no conoció el contrato real sino que distinguió siguiendo el Edicto del pretor, acciones en las que el juez debía juzgar ex FIDE bona y otras en las que debía hacerlo estrictamente. En los casos en que no había precisamente un contrato, se veía un acto –normalmente una entrega con un fin, o “causa del crédito”, proveniente de tres tipos de actos, atendibles a través de la *condictio*, o tres acciones: *in factum de pecunio constituta*, *commodati* y *pignoraticia* o *actio ex bonae fidei* para negocios que eran propiamente contratos. Para este autor, el mutuo, comodato y prenda eran *causas crediticias no contractuales*. El depósito fue en cambio protegido por una *actio in factum* derivada de la *condictio* y recién adquirió carácter contractual a partir del siglo II del Imperio.- Cita a Labeón –cuya opinión recoge Ulpiano- para quien las *causas obligatorias* serían: 1) *actus verbum generale* (referido a la *datio* o *estipulatio* con origen en formas *verbis*) 2) *contractus* –equivalente al *synallagma* griego- y 3) *gestum* (no hay

⁶⁶ Gete Alonso y Calera, op cit, pág 55

⁶⁷ JORDANO BAREA Juan B. La categoría de los contratos reales. Ed. Bosch. Barcelona. Pág. 111.

⁶⁸ D’ORS, Alvaro: “Re et verbis”, en “Atti del congresso internazionale di Diritto romano e di Storia del Diritto”, t III, Milán. 1951.- op cit, pág 21

⁶⁹ Jordano Barea, op cit, pags 20 y sgtes. Para el autor, los mal llamados “contratos reales”, provienen de negocios no contractuales, por tanto, mal pueden ser pervivir fuera de contexto y recomienda no quitarles su calificación contractual, sino darles carácter consensual.

declaraciones verbales), de donde la jurisprudencia distinguió como *pecuniam data*, *pecuniam stipulata* y *pecuniam expensa lata* (o *datio*, *stipulatio* y *expensilatio* en la tripartición clásica). Según la opinión de Barea, *Gayo en sus institutas subsume estas causas del crédito como clases contractuales en cuatro especies: Re, Verbis, Litteris o consensum* y situando como *Re* al mutuo solamente. En la época del *Corpus Iuris* se extendió al comodato prenda y depósito –como especies de contratos reales- y la fiducia, donde la “DATIO” –ya desdibujada-, admitía la entrega –no formal- distinguiéndola de la simple tenencia o posesión.- Los convenios en tanto género o acuerdo, admitían los CONTRATOS nominados –a que el derecho concedía acciones o condiciones- e innominados –basados no en una causa específica sino en la causa genérica del cumplimiento previo de una prestación a los que se concedía una *actio praescriptis verbis* por la causa *datio vel factum* cumplida- y los PACTOS para cuya protección se exigía un elemento adjecticio para la concesión de una *exceptio*.-

Para el caso de los contratos reales los remedios procesales fueron los propios de cada contrato: las acciones bilaterales de derecho estricto –en principio sólo para el mutuo-, luego la específica propia de cada contrato con acción propia y nominada, y la *condictio* para actos que dan lugar a una acción crediticia para recuperar lo entregado sin contraprestación. Para Barea, todas acciones de buena fe o *in factum*: de *pecunia constituta commodati*, *pignoratitia* y por mutuo.

Los GLOSADORES –siglo XII- y POSTGLOSADORES –siglo XIII y XIV- de la ESCUELA DE BOLONIA, cuyos principales estudios parten del Digesto –sistema de exégesis llamado “*mos italicum*”-, demuestra la amplia recepción del Derecho Romano –*Ius Commune*- por encima de los Derechos Propios o Municipales. Reprodujeron las distinciones romanas de los contratos, según se concluyeran *re*, *verbis*, *litteris* o *consensus*, y mantienen lo que Barea llama “el dogma de la realidad”.- No aportan una noción general del contrato. Azon⁷⁰ resalta la idea de “*vestmentum*” que engloba a los contratos nominados –el *vestmentum* es concomitante al acuerdo- y los innominados –*vestmentum* sobrevenido o adjecticio-

Entre los postglosadores Bartolo⁷¹ caracteriza la convención con el consentimiento que adquiere un papel esencial “*si consensus est vestimentum, et omne pactum habet consensum...ergo omne pactum est vestitum*” aunque todavía en tímida referencia a los contratos consensuales. Para los restantes se seguirá utilizando el *vestmentum*.

Las PARTIDAS de Alfonso el Sabio (1253) suprimen las vestiduras y la conceptualización de convención y pactos. Si bien mantiene los estipulaciones verbales y escritas con rigurosidad formal, reserva el concepto de contrato sólo para los innominados, clasificándolos en gratuitos u onerosos adelantándose a la corriente *iusnaturalista* que fortalecerá y rescatará al consentimiento como única causa contractual.

El ORDENAMIENTO DE ALCALÁ (1348) consagra la libertad de formas, la superioridad del consentimiento por sobre las formas, (Tít XVI), disposiciones recogidas luego por la NUEVA y NOVÍSIMA RECOPIACIÓN. Jerarquiza el consentimiento y suprime el ritual romano pues el sólo consentimiento obliga. Establece el principio de libertad de las formas. La estipulación, pacto nudo y contratos innominados se revalorizan pues el sólo consentimiento obliga abstraído de la causa civil.

HUMANISTAS y ROMANISTAS –siglos XV y XVI- inician una nueva manera de comentar los textos justinianeos en un “renacimiento del derecho romano” basado en el

⁷⁰ Gete Alonso y Calera, op cit pág 69.-

⁷¹ Gete Alonso y Calera, op cit, pág. 77.-

sistema “mos gallicum” abandonando un estudio sistemático y ordenado por una “adecuada interpretación”: asimila el convenio al pacto y cataloga al contrato como “consentimiento de dos o mas en obligarse a dar o hacer algo aprobado por el Derecho” con nombre propio o con causa (nominados e innominados). Los estudios de Duareno, Cujacio, Alciato y Donello entre otros dan lugar a los conocidos adagios “contractus acciones pariunt, pacto excepciones”; “contractus est conventio et negotium, ex quo obligatio contrahitur” siendo la distinta causa lo que divide a los contratos en nominados e innominados. Los pactos nudos dejan de ser el eje clasificatorio. Preparan el terreno para la Escuela de Derecho Natural. Gete Alonso y Calera atribuye a Donello la siguiente definición del contrato⁷² “contrato es el consentimiento para dar o hacer algo aprobado por el Derecho” en virtud de un nomen – determinado por el uso frecuente- llamados contratos simples; o en virtud de una causa además del consentimiento llamados contratos compuestos: consentimiento mas causa. A Donello se atribuye, en opinión del Dr López de Zavalía, la justificación de los contratos reales: “no puede concebirse la obligación de restituir, si todavía no se ha recibido”, que Pothier utiliza para el mutuo⁷³.-

Aparece la cuestión de la obligatoriedad sólo consenso, con la ESCUELA DEL DERECHO NATURAL –siglo XVII principalmente- como postura filosófica que propugna la adecuación a principios naturales de validez general “a través de la descomposición de los fenómenos y reordenación de los mismos”⁷⁴ que reconoce que basta el consentimiento para dar vida al contrato. En base a ello, identifican la categoría de convención, contrato y pacto. La causa, como interés económico de las partes resulta el vector de distinción que permite la clasificación en contratos . No obstante, mantuvieron la categoría de los reales. En particular, GROCIO no trata esta última categoría, PUFFENDORF la acepta y HEINECCIO -primero que se plantea-, dice que aunque por el Derecho natural basta el simple consentimiento para obligar, la relación jurídica que nace del acuerdo no es un comodato, sino un pactum de commodando, por el que el promitente está obligado a prestar el uso de la cosa. Poniendo como género a la convención, lo subdivide en contratos y pactos. Los pactos son consensuales. Reserva el concepto de contrato a los efectos creadores de obligaciones. Enumera como causa de los contratos a la entrega de la cosa, palabras solemnes, instrumentos y consentimiento atendiendo a lo que perfecciona y concluye al contrato. Intenta una aproximación entre contratos nominados e innominados. Si bien GROCIO no trata los contratos reales, sitúa como base de toda clasificación al acto humano útil o económico. Así divide a los contratos en simples (gratuitos o permutatorios) o compuestos (principales o adiectos), que se dividen por su contenido y no por su causa o nomen.- Iguala el contrato y el pacto en cuanto a su estructura pero los distingue por su función económica. Sitúa al nomen como mera fórmula gramatical y parece asimilar causa y forma.

La ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO, cuyos mas eximios y conspicuos representantes –Savigny, Puchta, Hugo- resaltaban la historicidad del Derecho y la cultura, descartando por tanto la codificación del Derecho, se desdobló en dos corrientes: la de los romanistas y la de los germanistas. a) Los romanistas; que se abocaron a la investigación del *Corpus iuris civiles*; intentando restituir el Derecho romano a su fase antigua (purismo); y b) Los germanistas; concentrados en el texto de las *leges barbarorum* y en el de los libros de Derecho consuetudinario, que se hallaba formulado y asequible al método filológico, lo que era también otro de los frutos del romanticismo, empeñado en concebir toda ciencia,

⁷² Donello Hugo: “Commentari de Iure Civile” 6ta Ed. Novimbergae. 1824., cita Gete Alonso y Calera pág 87.-

⁷³ López de Zavalía, Op cit, pág 94

⁷⁴ Gete Alonso y Calera, op. cit, pág 104.-

cualquiera que ella fuese, como una ciencia histórica". La actividad jurídica es considerada puramente cognoscitiva con exclusión de todo lo que fuese valoración y voluntad y se rechaza por arbitraria toda ley que no se limitase a definir los derechos, sino que entrase a modificarlos. Puede observarse un fuerte tradicionalismo o costumbrismo, por lo que obviamente se apegaron al antiguo nominalismo contractual y receptaron los contratos reales.

Dentro de la ESCUELA ROMANISTA HOLANDESA –siglos XVII y XVIII-, VINNIO sigue, no obstante, las distinciones romanas de los contratos con toda fidelidad y la vieja categorización: como contratos reales considera el mutuo, el comodato, el depósito, la prenda, la dote y la donación propter nuptias. También VOET, admite la categoría de los contratos reales aunque avanza afirmando que si bien el contrato tiene fuerza obligatoria, el pacto igualmente genera una acción válida, y pasa de la similitud meramente adjetiva entre contratos nominados e innominados, a la sustantiva dando pie a la valoración de la doctrina iusnaturalista. Comienza a vislumbrar el valor de la causa pues concluye situando como nomen de los contratos consensuales a la causa, elemento que se predica de toda obligación contractual.

DERECHO INTERMEDIO: El dogma de la “realidad” de algunos contratos pasa a la moderna codificación europea a través de POTHIER y DOMAT, quienes lo insertan el código civil francés.

DOMAT añade que “el comodato es de las convenciones en que uno se obliga a devolver una cosa” y no se contrae obligación hasta la entrega. En el mutuo, el que recibe se obliga a devolver una suma de dinero o cantidad de otra cosa igual a la que ha recibido, “por la entrega de la cosa en vista de la cual se obliga el que pasa a ser deudor”. La convención es el género con eficacia de generar, modificar o extinguir obligaciones. Retrocede caracterizando a los pactos nuevamente como adyecticios pero tanto los pactos como los contratos tienen efectos de generar obligaciones. Al igual que Grocio describe a los contratos onerosos de acuerdo a los innominados romanos (do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias). Agrega la causa como elemento para la eficacia obligatoria del contrato. Sitúa la causa como elemento de la obligación.

Para POTHIER el préstamo es contrato real que no se forma sino por la tradición de la cosa. No puede concebir el préstamo de uso, si la cosa no ha sido entregada. Antes origina una acción, para obligarme a entregar pero esta convención no es el contrato de préstamo; es tan sólo una promesa de prestar, (“no se puede formar sino mediante una tradición actual, o precedente”). Define al contrato como consentimiento o convención por la que dos partes recíprocamente o sólo una de ellas prometen a la otra dar, hacer o no hacer una cosa. Rechaza la vieja clasificación romana de los contratos en base al nomen y causa⁷⁵. El consentimiento es elemento estructural del contrato como así también la causa, la que se clasifica según la función económica.

PRIMERAS CODIFICACIONES EUROPEAS:

Todas receptaron la categoría: El CODE NAPOLEÓN (art 1.875 “préstamo de uso”, 1.892, “prestamo de consumo”, 1.915: depósito, 1.271, prenda). La entrega de la cosa aparece en el momento de la formación del contrato, aunque abundan las disputas⁷⁶; EL CODICE (C.C.

⁷⁵ No olvidemos que en Roma la forma daba origen al contrato –causa- y al nomen y en cambio en los contratos innominados la causa era la prestación que daba origen a la obligación..

⁷⁶ Touller (Le Droit civil français, t, VI 6ª ed., Bruselas, 1824, numero 10, cita de Barea) fue el primero que sostuvo que, según el Código civil francés, la categoría de los contratos reales debía entenderse abolida. En el

italiano DE 1865, en los arts 1.805, 1.819, 1.837, 1.878 incorpora esta clase de contratos, aunque a pesar de estos artículos, se negó en la doctrina y jurisprudencia italianas la existencia de contratos reales bajo el abrogado Código; EL A.B.G.B (Código Civil austriaco) acogió también la categoría de los contratos reales, contrapuestos a los relativos contratos preliminares, que se perfeccionan por el solo consentimiento; EL C C PORTUGUÉS configura como contratos reales el mutuo, el comodato, la usura (mutuo oneroso), el depósito y la prenda. El Código de 1967 omite en cambio clasificar; C C ESPAÑOL acoge a los contratos reales: art 1.740 –préstamo: abarcativo del comodato y el mutuo oneroso o gratuito-, 1.758, 1.763-depósito-, 1.862 y 1.863 –prenda, aunque admiten la prenda sin desplazamiento en el 1863*bis*.

Cambios paulatinos: Doctrina anterior al Proyecto Español de 1851: Martí de Eixalá, Jordán de Asso, Sala, De Castro y Bravo: Comienzan a identificar las nociones de convenión, contrato y pacto aunque éste último no tiene nomen ni causa como los primeros. Los contratos se clasifican en onerosos o gratuitos y nominados o innominados (los últimos causados). La causa no es la de los romanos –formal o basada en la ejecución de una prestación en los innominados- sino que en todos la obligatoriedad deriva del sólo consentimiento. No obstante conservan la distinción entre contratos reales y consensuales pero se acepta la eficacia de la promesa de contratos reales.

EL PROYECTO ESPAÑOL DE 1.851 (García Goyena): pareció temerario a sus redactores la innovación que suponía el Proyecto de 1851, que se anticipo al CC suizo de las obligaciones.- Suprime la clasificación de contratos nominados e innominados sirviendo el contenido de los últimos para describir el fin económico o causa. Consagra como requisitos de validez de los contratos al consentimiento, objeto, causa y forma. Clasifica a los contratos según su contenido (unilaterales o bilaterales) y según la causa (onerosos o gratuitos). En sus concordancias, motivos y comentarios, para razonar el art. 978 del Proyecto decía GARCIA GOYENA: “por Derecho romano y patrio había otras divisiones, por ejemplo, contratos consensuales y reales: estos eran préstamo, comodato, depósito, prenda e innominados. Ahora todos son consensuales ...pueden, no obstante, llamarse reales, en cuanto la obligación principal que nace supone necesariamente la entrega de la cosa. ...toda promesa, una vez aceptada, es obligatoria”. La prenda (art 1.771 y 1.773, 2ª) requiere la entrega real de la cosa, que justifica por el nacimiento del derecho real, pero “la simple convención...será válida, y se regirá por las reglas generales de las obligaciones”.

Código Español de 1889: Antes de éste Código existía la corriente romanista (Domingo de Morato) vs la innovadora (Gutierrez Fernández, Gómez de la Serna y Montalbán y Fernández Elía). Aparece la noción de “TIPO” que reemplaza al “NOMEN” romano. Los innominados pasan a ser atípicos con mayores combinaciones.

mismo sentido, vid. DUVERGER, *Traité du pret*, París, 1843, págs. Y sigs. Josserand (Louis, *Derecho Civil. Teoría G.de las obligaciones*, trad. Cunchillos y Manterola, Ed.Jur. Europa-América. BsAs1950) ubica a los reales dentro de los formales abogando por la supresión. Capitant (Henri: *Derecho Civil*, trad.Tarragato y Contreras. Madrid.1927), admite la persistencia de la categoría sólo para el depósito. El resto de la doctrina concuerda, por regla general, en admitir que el CC francés ha conservado el carácter real, en el sentido romano; para el mutuo, comodato, depósito y prenda –los dos primeros bajo el género préstamo-, aunque algunos son contrarios al mantenimiento de la categoría desde el punto de vista extrapositivo. Vid. BAUDRY-LACANTINERTE Y WAHL, *traité de Droit civil*, t. XXIII, 3ª ed., París 1.907, págs. 366 y sigs. (la datio en la prenda constituye la garantía pero no obsta a la formación del acto); COMBESCURE, *Existe-t-il des contrats ...en Droit français ?*, en « *Revue critique de législation et de Jurisprudence* », 1.903, págs. 477 y sigs. ; LEDUC, *Des avant-contrats*, París 1.909, págs. 175 y siguientes.

ALEMANIA: En el B.G.B., se discutió por sus redactores la incorporación de los contratos reales, conservándose la realidad del mutuo, y proponiendo que se abstuviera sobre el carácter del depósito y comodato, reservadas a la doctrina⁷⁷. La prenda es regulada desde el derecho real (Pfandrecht), no del contrato, por lo que el párrafo 1.205 dice que “es necesario que el propietario entregue”.

Barea propugna la supresión de la categoría trastocando en la interpretación hermenéutica, la mens legislatoris por el sentido teleológico actual o men legis⁷⁸. Felipe De Diego⁷⁹, analiza el argumento del 1258 CC español, que dispone el perfeccionamiento solo consensu.-

Sobre el particular dice Maynz que se comprenden bajo denominación de contratos reales “los diversos casos en los cuales una persona se encuentra obligada por haber recibido de nosotros una cosa, que ha sido dada y aceptada.”⁸⁰ concepto sobre el que hemos de volver mas adelante.-

Zago y Garrido⁸¹ por su parte definen al contrato real como opuesto a los contratos consensuales, requiriendo los primeros para producir sus efectos propios, la tradición de la cosa sobre la que hubiere versado el contrato.-

Es claro que las definiciones determinan el surgimiento de la obligación de restituir (unilateralidad del contrato) por una lado, y la esencialidad de la entrega por contraposición de los contratos meramente consensuales por el otro.-

Luego, legislaciones de raíz romanista han receptado la categorización que también es ha conservado su vigencia según se puede observar de la síntesis del iter histórico analizado: los comentaristas, glosadores y postglosadores, Legislación Española desde sus comienzos – Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Nueva y Novísima Recopilación- Escuela Histórica, Holandesa, Derecho Intermedio y Primeras Codificaciones la han recogido y consagrado con excepción de las nuevas bases sentadas por la Escuela de Derecho Natural que tampoco ha sido definitiva en sus conclusiones.

⁷⁷ “por el contrato de comodato el comodante se obliga, parág 607, “quien ha recibido como mutuo dinero, se configura por tanto , como contrato real. El párag 610 contempla un pactum de mutuando. Pero no falta quien descubra en el mismo, un mutuo consensual. En el párrafo 688 el depositario se obliga. Barea, op cit, pág 40 y 41.

⁷⁸ p.133 y ss

⁷⁹ DE DIEGO, Felipe C.: Instituciones de derecho civil español. T.II. Artes Gráficas San Martín, Madrid. 1959.

⁸⁰ Maynz Carlos. Curso de Derecho Romano. Segunda Edición tomo II pág. 321

⁸¹ Zago,Jorge A. y Garrido Roque F: Contratos Civiles y Comerciales, Ed. Universidad, pág.75

No obstante, el Proyecto García Goyena en España, Doctrina Alemana (Larenz), Española (Jordano Barea, González Palomino, Roca Sastre, Puig Brutau), italiana (Venzi, Forcielli) y Francesa (Josserand, Toullier, Demogue, Baudry-Lacantinerie, Marty Pierre Raynaud, Christian Larroumet, François Chabas, Henri Mazeaud, Ripert Boulanger) y Nacional (Garrido Zago, Lafaille, López de Zavalía, Wayar, Borda) se han pronunciado por la conveniencia de la derogación.- Los Códigos Suizo, Mexicano, Peruano, Nicaragüense, cubano y holandés –en éste último para el caso del depósito- deshechan la categoría.-

No dejan de ser interesantes las consideraciones que Gete Alonso y Calera realiza en torno a la clasificación contractual de contratos consensuales y reales los que, compartiendo el consentimiento como elemento estructural, agregan la entrega de la cosa en los contratos reales como elemento general de tipo, en ausencia de lo cual, deviene inexistente el tipo pero no el contrato que puede producir sus efectos propios como atípico consensual⁸². Funda su razonamiento en la posibilidad de concluirse cualquier acuerdo por virtud del principio de autonomía de la voluntad, aún cuando en este caso, la entrega de la cosa se convierte en elemento estructural en relación a la obligación de restituir y no deja por tanto de ser real. Esta opinión es compartida por otros autores, que profundizaremos oportunamente al tratar el valor del preliminar.-

B. Definición e integración:

Definición: Puede definirse al contrato real siguiendo al art. 1141 del Código Civil Argentino, como **“aquel que para ser concluido requiere la tradición de la cosa estipulada en su contenido”**.-

Sin embargo, nos parece también apropiado definirlo como el **“acto jurídico contractual - unilateral, gratuito u oneroso-, que para producir sus efectos típicos propios requiere la entrega de la cosa estipulada como objeto en su contenido”**

Integración de los contratos reales: No existe uniformidad acerca de cuáles son los contratos reales. Del art. 1142, surgen –ejemplificativamente en el decir de Bueres⁸³-, el mutuo, el comodato, el depósito y las constituciones de prenda y anticresis-, restándole al artículo,

⁸² Op cit, pág 255

incluir al oneroso de renta vitalicia por ejemplo.

Por ello, buena parte de la doctrina incluye –en virtud del 2071- al contrato oneroso de renta vitalicia. Otros anexas a la donación manual o verbal de cosa mueble⁸⁴ (arts 1815/6) o el contrato de tarjeta de crédito, lo que no nos parece apropiado según seguidamente lo apreciaremos.

Jordano Barea en el marco del derecho español, expone la temática de los **“CONTRATOS TRADICIONALMENTE CONSIDERADOS REALES”**: el comodato, depósito, mutuo y prenda⁸⁵; y menciona como **“OTROS CONTRATOS A LOS QUE SE ATRIBUYE CARÁCTER REAL”** a la donación verbal, subarriendo de vivienda, arras, precario, oneroso de renta vitalicia y estimatorio, pretendiéndose incluir asimismo a la locación, transporte, pago y dación en pago.

En nuestro derecho el Dr Molinario incluye como reales a la donación y venta dejación⁸⁶ (por medio de máquinas), venta manual y permuta manual . Para estos casos entendemos que existe una autorización para contratar preexistente o contemporánea, pero que de ningún modo la simultaneidad del consentimiento y la ejecución del contrato significan la realidad de una entrega constitutiva.-

Estudiaremos los supuestos controvertidos en nuestro Derecho y en el español:

1.**La donación verbal** de cosa mueble es contrato real en el derecho español –pues ese ordenamiento dispone que puede formalizarse por escrito o , si es verbal, debe entregarse la cosa (632 CC español). En nuestro derecho el art 1815 establece: “La donación de cosas muebles o de títulos al portador puede ser hecha sin un acto escrito, por la sola entrega de la cosa o del título al donatario”, es decir que se admite la donación verbal.- Por su parte respecto a la **donación manual** preceptúa el art 1816: “Para que valgan las donaciones manuales es preciso que ellas presenten los caracteres esenciales del contrato, y que la tradición que las constituye sea en sí misma una tradición verdadera. Por nota el codificador aclara que la tradición sea de presente y que el donatario tome posesión de la cosa. La contemporaneidad de la entrega nada tiene que ver con que la entrega sea constitutiva del

⁸³ BUERES, Alberto J: “La entrega de la cosa en los contratos reales”. Abaco. Bs.AS. 1977.-

⁸⁴ para los que por lo demás, la donación de cosas muebles no manuales en cambio, exige la entrega al solo efecto probatorio (1813)

⁸⁵ Barea,J (op.cit) refiere que el préstamo de uso (comodato) y el préstamo de consumo (mutuo) Artículo 1.740 del Código civil español, o de préstamo: si la cosa es no fungible, -estamos ante el comodato-, o dinero u otra cosa fungible -en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.-

⁸⁶ LL-155-1053.-

contrato aunque si en cambio la tradición resulta constitutiva del derecho de propiedad que el donatario adquiere. Para el Dr Bueres, tales disposiciones lo son tan solo a los fines de la prueba en el caso del 1815. En el caso del 1816 CC, se exige una verdadera tradición, que imponen los arts 2377, 2378 y 577 CC, pero no para la perfección del contrato⁸⁷ pues la entrega es ejecución del contrato que, por ser manual, es contemporáneamente coincidente.

Para el Dr Molinario⁸⁸, estos son contratos reales conjuntamente con la permuta manual, venta dejación y la compraventa manual, en tanto para el Dr López de Zavalía⁸⁹, en la venta manual, la datio es la forma libremente elegida, en tanto en la donación manual, asume el papel de forma ad probationem sustitutiva de la normalmente establecida por el art 1813 CC.- Compartimos la opinión de Dr Compagnucci de Caso para quien la compraventa es siempre consensual⁹⁰.-

2.El subarriendo de vivienda. El mismo ordenamiento español en su ley propia exigía la entrega del mobiliario como requisito constitutivo, (art.10, Ley Arrendamientos Urbanos de 1956, España). En todo caso, si bien no es un problema de nuestro derecho, lo que es real es la concesión del uso del mobiliario, que no es el objeto principal y propio del contenido contractual de sublocación, sino un convenio accesorio que, así lo entendemos, no puede teñir de realidad al contrato principal. Este régimen sufrió sucesivas modificaciones (1964, 1985, etc)

3.Las arras: Explica Jordano Barea, para el caso de España, que tanto en las confirmatorias (343 C de Com-1454 CC español), como en las arras con función penal (83 C de Com español), la norma de donde surge, es anterior a la entrega, por lo que ésta importa ejecución de la misma.- Distingue la multa de las arras: en la multa penitencial (1153 del CC español) hay promesa de pago en caso de desistimiento; en tanto que en las arras con función penitencial, la promesa va seguida de entrega pero no obstante, tampoco ella es necesaria o constitutiva.-

En el Código Argentino, no está legislada la multa penitencial. En punto a las arras, se

⁸⁷ Bures... “La entrega de la cosa...”, Entiende que el preliminar no es válido para cualquier caso de donación (arts 1789, 1793, 1796 y 1810 CC).-

⁸⁸ LL-155-1053.-

⁸⁹ Op cit, pág 93 para quien en la datio de los contratos manuales “se contiene simultáneamente la expreción de la aceptación de la oferta y el cumplimiento del contrato”.-

⁹⁰ Compagnucci de Caso, R. H: “Contrato de Compraventa”. Hammurabi. José I.Depalma Editor. BsAs. 2007.

encuentran reguladas en nuestro sistema, por los arts 1202 CC⁹¹ argentino y 475⁹² del C COM argentino⁹³.- EL Código civil legisla las arras penitenciales, esto es, las que admiten arrepentimiento a través de la pérdida de la señal. El Código de Comercio trata las arras confirmatorias, que no admite dejar sin efecto el acuerdo al que acceden por lo que, dado el incumplimiento, se abre en el mismo código, la vía del pacto comisorio del 216 C Comercio. El maestro Bueres cita a López de Zavalía, Pothier , Royo Martínez, para quienes se trata de contratos reales y accesorios, en tanto en la opinión de Messineo se trata no de un contrato, sino de un acto real. Luego va más allá, restándoles todavía más entidad, considerando que sólo constituyen cláusulas o meros “elementos accidentales” de los contratos bilaterales – pactos o cláusulas accesorias a fin de modificar los efectos normales del contrato a modo de daciones contingentes o condicionales que nunca podrían atribuir al contrato supeditado a esas arras, el carácter de real.- Pensamos que sean contratos o aún en el caso de entenderse como pactos o meras cláusulas, la entrega es solvendi causa de la obligación asumida por las arras que, al igual que en los contratos manuales, por su misma necesidad imponen una entrega inicial pero cuya obligatoriedad deriva del consentimiento.-

4.El precario: A pesar de su atipicidad en nuestro derecho, lo estudiaremos en la legislación española: Barea no lo entiende real sino en tanto y en cuanto es una especie del comodato, en que a falta de plazo el comodante se reserva la facultad de exigir la restitución cuando lo quisiera demandar. En el precario dans del derecho romano ni siquiera era contrato sino que el precario dans, “toleraba” que el precarista use la cosa, conservando la facultad de abandonar a su arbitrio dicha actitud de tolerancia, y sin contraprestación alguna por el precarista excepto restituir la cosa al dominus cuando se la pida. No obstante explica que el 1750 del CC español no consagra un precario sino un comodato incompleto por falta de previsión de plazo.-

⁹¹ “si se hubiese dado...” principia el 1202 con poca claridad acerca de la esencialidad constitutiva de la entrega

⁹² Tampoco es determinante el texto legal: “cantidades que ...se suelen entregar...”

⁹³ El art 1202 reza: “Si se hubiese dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien la dio puede arrepentirse del contrato, o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió; y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Si el contrato se cumpliere, la señal debe devolverse en el estado que se encuentre. Si ella fuere de la misma especie que lo que por el contrato debía darse, la señal se tendrá como parte de la prestación; pero no si ella fuere de diferente especie, o si la obligación fuese de hacer o de no hacer”.- El art 475 C COM establece que “Las cantidades que con el nombre de señal o arras se suelen entregar en las ventas, se entiende siempre que lo han sido por cuenta del precio y en signo de ratificación del contrato, sin que pueda ninguna de las partes retractarse, perdiendo las arras, Cuando el vendedor y el comprador convengan en que mediante la pérdida de las arras o cantidad anticipada, les sea lícito arrepentirse y dejar de cumplir lo contratado, deberán expresarlo así por cláusula especial del contrato.

5.El contrato oneroso de renta vitalicia. En el ordenamiento del derecho español (arts.1802, 1805), la entrega de la cosa en este contrato se realiza solvendi causa, y puede por tanto no ser simultánea la entrega del que paga la renta y del que entrega el capital como contraprestación. La contemporaneidad con que “normalmente” se hace motivó –en el entendimiento del autor que venimos siguiendo- la redacción del 1802.- En el Derecho Argentino se trata indudablemente de un contrato real –así lo entiende prácticamente de manera unánime la doctrina-, por previsión explícita normativa contenida en el art 2071 CC que claramente preceptúa: “El contrato oneroso de renta vitalicia no puede ser hecho, pena de nulidad, sino por escritura pública, y no quedará concluido sino por la entrega del dinero, o por la tradición de la cosa, en que consistiese el capital”. Dejamos expuesta la ausencia de la obligación de restituir el bien entregado propia de estos contratos que no es común a los otros contratos reales.-

6.El contrato estimatorio: Es el acuerdo en virtud del cual una de las partes entrega para vender una o mas cosas muebles a la otra, y ésta se obliga a pagar su estimación si no restituye a aquella las mismas cosas dentro del plazo establecido. Admitido en la legislación y doctrina italiana como real, expone Jordano Barea la falta de legislación específica en el Derecho Español. En el Derecho argentino tampoco se encuentra legislado.-

7.El Dr. Bueres, distingue los contratos reales de la **donación dejación** –caso de la limosna por ej-, **venta dejación** –vg la que se realiza a través de máquinas- , **permuta manual y donación manual** –, todos casos en que la entrega se realiza ab initio.- La diferencia reside en que en estos primeros casos, la contemporaneidad de la entrega y la conclusión del negocio, no suponen que tal entrega sea esencial para su configuración, sino que se realiza solvendi causa.- Creemos que la conclusión es idéntica para todos estos supuestos.-

8. La Locación: Barassi sostiene la naturaleza real de la locación en el derecho romano. En el derecho español, se apoya la negativa en el art 1554, que establece la *obligación* de entregar (y sentencia del TS de 14/12/1928). En nuestro derecho la locación es indudablemente consensual según la previsión del art 1493, que textualmente dispone: “Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero...”

9. El transporte de mercaderías: Es considerado por parte de la doctrina como real. Cita

Barea a Roldán y explica que se considera tal por la exigencia normativa que impone la entrega de la cosa. Ello a pesar que genéricamente se admita su consensualidad pues cabe contratar sin entregar en el acto la cosa. En el caso de nuestro derecho, el art 1140 CC ; 170 y 193 C Comercio establecen su carácter consensual y si bien empieza desde que se recibe la mercadería, esa entrega es una obligación causada por el contrato⁹⁴. La ley 24921 del 09/12/97, define al contrato de transporte multimodal de mercaderías, como “El acuerdo de voluntades en virtud del cual un operador de transporte multimodal se compromete, contra el pago de un flete a ejecutar o hacer ejecutar el transporte multimodal de las mercaderías”.- Evidentemente no se trata de un contrato real.

10. **El pago.** Barea engloba al pago en la categoría genérica de negocios reales, de la que los contratos reales es una especie.

Hacemos una distinción: el pago es acto debido. Creemos que en el pago, la entrega es solvendi causa; se trata de un acto debido, ejecutivo y extintivo en que la entrega tiene su génesis en una relación obligatoria aunque no exista pago sin entrega o prestación in actu.- No obstante coincidimos en que es un acto real cuando la prestación a desplegar por el deudor es entrega de cosas pues también el pago puede consistir en un hacer o no hacer (art 495 CC). La entrega de todos modos, es constitutiva en los contratos con efectos reales (art 577 CC), esto es, cuando el pago tiene virtualidad constitutiva de derechos reales, y no en el pago meramente obligatorio (art 725 CC).-

11. **La datio in solutum o dación en pago.** Previo ha de separarse el precontrato de dación que tiene carácter consensual Barea explica que la jurisprudencia interpretó en el sentido que sin la tradición no se extingue la deuda, si bien la dación es obligatoria entre partes antes de ella.- Concluye que justamente el error de atribuirle carácter real resulta de la confusión entre los momentos de perfección y extinción de la obligación. En la dación se crea un medio sustitutivo del pago obligatorio primitivo. La dación corresponde al momento ejecutivo del convenio (1166 CC).

Igual razonamiento cabe para nuestro derecho que lo legisla en el art 779 CC Argentino: “El pago queda hecho, cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero en sustitución de lo que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar.

⁹⁴ Lorenzetti, R. L.: Tratado de los contratos”, T III, Rubinzal Culzoni.BsAs 2007.- pág 715.

Creemos que se aplica a nuestro derecho igual razonamiento: que el acreedor sólo se vea desinteresado cuando recibe el pago, no significa que el acuerdo consensual no sea válido u obligatorio sin la misma.

12. Cesión de créditos:

El art 1434 in fine parece haber inclinado al Código a admitir el carácter real de la cesión de créditos, al disponer que “deberá entregarse el título de crédito si existiese”⁹⁵. Ello derivaría la posibilidad de ceder créditos no documentados pues la obligación es sólo “si existiese”. Salvo la opinión de Machado, es casi unánime la consideración de los autores en cuanto a que la entrega del título de crédito no afecta la validez del contrato y es sólo una consecuencia del mismo o un aspecto de la fase de cumplimiento.

Pretendidos contratos reales comerciales o financieros. Consideraciones en tanto suponen la aplicación supletoria de las normas del Código Civil:

1. **contrato de tarjeta de crédito:** Existen algunos autores⁹⁶ que, sustentados en la redacción del art 8 de la ley 25065, han caracterizado a este contrato como real, dado que establece que “el contrato sólo se perfecciona con la firma, la emisión de la tarjeta y su recepción por el titular”. Wayar⁹⁷ rechaza el planteo entre otras consideraciones, porque el titular tiene 5 días para rechazarla (art 34 de la misma ley). Creemos que a pesar de la confusa redacción del artículo, al ser un sistema complejo de contratos (emisor – proveedor – usuario) , no puede enjuiciarse por uno de los requisitos de eficacia de uno de los tramos relacionales cuando, por lo demás, el usuario puede reclamarla si se ha extraviado antes de recibirla, puede reclamar su entrega y renovación, entre otras consideraciones de base, que demuestran el carácter meramente ejecutivo de la emisión. Cabe considerar principalmente, que no conlleva la obligación de restituir, lo que caracteriza esencialmente al contrato real aunque con algunas particularidades para el caso del contrato oneroso de renta vitalicia.

2. **contrato de exhibición de obra de arte:** A pesar de las consideraciones del Dr Lorenzetti acerca de su carácter de consensual⁹⁸, a nosotros nos acarrea duda: en este contrato hay una clara obligación de restituir y la entrega es esencial: doy para obtener su devolución. Si

⁹⁵ COmpagnucci de Caso, R.H: “Cesión de créditos”, pág 136/137.

⁹⁶ Moeremans, LL 1999-D-39

⁹⁷ Wayar, E. C.: “Tarjeta de crédito y defensa del usuario”. AStrea. Bs As 2000, pág 37.

⁹⁸ Lorenzetti, Ricardo Luis: “Tratado de los contratos”. Tomo II y III., capítulo contratos sobre propiedad intelectual.

considerásemos estas nociones para determinar los contratos reales es insoslayable su encuadre. En tanto no está tipificado, es oportuno plantear sus semejanzas. Además, la entrega es necesaria para que nazca la obligación de exhibir y la de restituir, argumento que sirve para cuestionar la supervivencia de la categoría. Del mismo modo que en la locación, se trata de un contrato oneroso por lo cual importa un avance acerca de la gratuidad a que quedaría reducida la órbita en la que probablemente se ubicó la génesis de los contratos reales y desde cuya delimitación se hace más comprensible su existencia.

3. mutuo y depósito bancario: El mutuo y depósito bancarios son motivo de discusión doctrinal en cuanto a que puedan ser tenidos por reales o en cambio se trata de contratos sui generis, lo que si bien no resulta de profundización exhaustiva para nuestro estudio actual, la temática no deja de ser sumamente interesante⁹⁹. En el decir del Dr Fernando Lopez de Zavalía, son conceptos que se caracterizan por su plurisignificación¹⁰⁰, pudiendo observarse el depósito civil en sus variadas clases, como sustrato de fondo en el derecho comercial y en el derecho financiero. Separaremos las aguas:

- No tenemos dudas que el Código de Comercio también les atribuye carácter real a los correspondientes contratos civiles de mutuo, prenda y depósito (arts 558 a 586 CC) El Dr Borda entiende que el mutuo comercial es consensual, basado en el art 559 CC que preceptúa: “Si nada se ha estipulado acerca del plazo y lugar en que deba hacerse la entrega, debe verificarse luego que la reclame el mutuante, pasados diez días de la celebración del contrato y en el domicilio del deudor”. Destacamos que el artículo alude al derecho del “mutuante” de reclamar la entrega –o devolución- y no así del mutuario.-

- En el marco del Derecho financiero, los contratos bancarios de depósito, se corresponden en cualquiera de sus formas -a la vista o a plazo, en cuenta corriente o caja de ahorro, etc- con el depósito irregular del art 2189 CC.

Para el caso de depósito irregular, para distinguirlo del mutuo hay que escudriñar algunas delgadas cuestiones: en el caso del depósito el interés es del que entrega o depositante, en tanto en el mutuo lo es del que recibe o mutuario. Si añadimos la onerosidad, en el depósito el interés es también del depositario así como en el mutuo se añade el interés del que presta así es que en estos casos la diferencia estaría en quien paga: en el depósito es el que entrega la

⁹⁹ Las ideas con que concluimos han sido tratadas en el trabajo de investigación de cátedra “Las nuevas tecnologías en la formación de los contratos” .Derecho Civil II: UCSE -DASS.2010-

¹⁰⁰ Lopez de Zavalía, Fernando Justo. Teoría de los Contratos. TIV. Pág. 375.

cosa, y en el mutuo el que la recibe que además tiene plazos que respetar para obtener la restitución.

Por otro lado, no caben dudas que los usuales contratos bancarios de cuenta corriente y caja de ahorro, suponen operaciones de mutuos y depósitos que determinan la consideración de su carácter consensual o real.

En el caso de la cuenta corriente bancaria¹⁰¹ prima la consensualidad puesto que el contrato de cuenta corriente supone provisión de fondos y el servicio pasivo de conservación o custodia de los depósitos sobre un acuerdo base a partir del que surge la entrega de la chequera y los sucesivos depósitos con el saldo resultante en el plazo convenido.

En el caso de la caja de ahorro¹⁰², se trata de un contrato real por cuanto supone la obligación del Banco de restituir los fondos confiados en custodia, y además sin plazo de indisponibilidad.

En el caso del contrato de tarjeta de débito y cajeros automáticos, pensamos que se tratan de pactos que se añaden a los contratos de caja de ahorro o cuenta corriente que constituyen su base y por tanto siguen la suerte del contrato base al que acceden, en cuanto a su carácter de real o consensual.

4. **Depósitos especiales:** Parte de la doctrina¹⁰³ considera al contrato de garage –que nace de la obligación de permitir el estacionamiento a cambio de un precio- y el depósito en cajas de seguridad en Bancos, como contratos consensuales.- También el depósito de efectos introducidos en hoteles –art 2227CC-, es considerado un contrato consensual.

C.- Caracteres del contrato real:

1. Introducción:

Nuestro cuerpo normativo –art 1137- define a los contratos –excepcionalmente y contra lo consignado por su autor en la nota al art 495 CC acerca de la inconveniencia de incluir definiciones.- Luego procede a determinar en los artículos siguientes, una pequeña clasificación. Así los divide en unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos y consensuales

¹⁰¹ Art 791 y ss C. de Comercio, circular Opasi 2 y Comunicación BCRA 3244 modificados en algunas cuestiones por las leyes que reglamentan la utilización de los cheques.

¹⁰² Comunicación BCRA A 3336 y complementarias

o reales.-

El art 1138 textualmente reza: “Los contratos se denominan en este código unilaterales, o bilaterales. Los primeros son aquellos en los que una sola de las partes se obliga hacia la otra, sin que ésta le quede obligada. Los segundos, cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.”-

La importancia de distinguir contratos unilaterales y bilaterales estriba en la aplicación del pacto comisorio (1203 y 1204 CC), la exceptio non adimpleti (510 CC) –o non rita adimpleti- contractus, la imposibilidad de pago que extingue una obligación extingue también la obligación de la otra parte; y la exigencia del doble ejemplar.- La posibilidad de hacer valer la excesiva onerosidad sobreviniente (1198 CC) se aplica en los bilaterales y los unilaterales onerosos.-

Sabido es que la categoría de contratos unilaterales y bilaterales, no coincide con los gratuitos u onerosos. Si bien en lo pasado era tema de cierta controversia, en el estado actual de la cuestión, la misma ha sido prácticamente superada.

Explica el art 1139: “Se dice también en este código, que los contratos son a título oneroso, o a título gratuito: son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle: son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte”.

Así, la onerosidad o gratuidad deviene de las ventajas que resultan para todas las partes o sólo una de ellas y sin el sacrificio correspondiente, mientras para el caso de los uni o bilaterales –o plurilaterales también- el motivo de la clasificación resulta de la cantidad de partes que resultan obligadas.-

La onerosidad por su parte, genera algunas de las siguientes consecuencias: la posibilidad de invocar la lesión subjetiva-objetiva del art. 954 C.C.; la excesiva onerosidad sobreviviente del 1198 CC, la protección del adquirente a título oneroso de buena fe (art 1051 CC).- Los gratuitos por su parte, tienen un tratamiento mas riguroso probatorio y de constitución: mayores formalidades para su celebración y el tratamiento del adquirente a título gratuito es de menor protección.-

¹⁰³ Puede consultarse una explicación ordenada en Lorenzetti, R. L: Tratado de los contratos, t III, pág 683 y sgtes.

Puede haber contratos unilaterales onerosos, y bilaterales gratuitos.

Ejemplo de contratos unilaterales onerosos serían el mutuo con intereses y para algunos autores el depósito cuando incluye para el depositario la facultad de usar la cosa; estando en el grupo de los bilaterales gratuitos, el mandato gratuito y también en opinión de algunos, la donación con cargo.

2. Unilateral:

El contrato real es unilateral, pudiendo ser oneroso o gratuito. Sólo es bilateral el contrato de depósito remunerado. Nos explicamos:

Respecto a los contratos reales, compartimos la opinión de Gete Alonso y Calera¹⁰⁴ y del Dr. Bueres¹⁰⁵ entendiendo que la calidad de unilateral puede extenderse a toda la categoría de los contratos en análisis.- Ello es así, no sólo porque genera obligación de restituir para el que recibe la cosa¹⁰⁶, sino al contrario, sólo engendra esa única obligación porque la entrega es constitutiva y por tanto, al ser un elemento constitutivo, no genera una obligación para el tradens de entregar, pues previo a la entrega, no hay contrato.-

De todos modos la posición de Gete Alonso y Calera¹⁰⁷ es de mayor rigor puesto que si bien entiende la evolución hacia el consensualismo, estima que la entrega de la cosa en los contratos reales es condición del nacimiento de la obligación aunque el consentimiento baste para engendrar el contrato y por ello, “como se trata de contratos en los que lo importante es la devolución, ha de haber entrega: limitación al consentimiento que se deriva de esta contemplación” y por tanto al ser la entrega “condición de eficacia de la obligación principal nacida, por exigencia legal, estaría justificado –como realmente desde esta posición parecería que lo está- su permanencia como contrato real”. Para la autora la finalidad de estos

¹⁰⁴ Op cit, pág 246.

¹⁰⁵ Cita con igual argumento a Caritola Ferrara, Luigi: El negocio jurídico –trad. Albaladejo- Madrid 1956. En nuestro Código la *datio rei* de los contratos reales, se realiza “*contrahendi causa*”, y no “*solvendi causa*”, es decir, que se trata de un elemento constitutivo (perfeccionante, conclusivo). En los contratos consensuales de los que surge una obligación con “*prestación de dar*”, la *datio* sería “*solvendi causa*”.- Se deriva de ello, que los contratos reales son unilaterales: al ser la *datio* constitutiva, -y no obligatoria- resulta que no es ejecución de una obligación precedente, quedando las obligaciones exclusivamente para el *accipiens*.- En el entender de Bueres (op. cit. Pág.121), no es admisible en nuestro Código, la bilateralidad imperfecta (1138 y nota).-

¹⁰⁶ Borda, G.A.: Unilateralidad y bilateralidad de los contratos. LL, t.106, p.1092 y ss.

¹⁰⁷ Op cit, págs 245 a 254.-

contratos no es la guarda, garantía, transmisión del uso o de la propiedad, sino la devolución. A partir de allí, su pensamiento es, como dijéramos, radical y concluye ejemplificando con cada contrato que, aún potulados como consensuales, los contratos reales conservarían su carácter de unilaterales pues la entrega que nace del consentimiento es condición de la única obligación esencial que justifica el contrato tal cual es la de devolver la cosa. De allí considera que sólo el caso del depósito retribuido podría –de ser consensual- transformarse en bilateral pues la prestación correspondiente a la retribución del depositario nace en cabeza del que entrega como una contraprestación a la devolución, no así en el mutuo, en que la prestación de los intereses debidos que caracteriza como oneroso al contrato es una prestación a cumplirse por la misma parte que restituye, sin contraprestación que lo transforme en bilateral. De allí que para la autora, el pacto de intereses convierte al mutuo en oneroso pero no altera su unilateralidad (la prestación la cumple el único obligado), en tanto la retribución pactada, convierte al depósito en oneroso y bilateral¹⁰⁸.- No resulta comprensible a menos que se interprete con la autora, que la entrega es esencial para exigir la restitución, nunca para perfeccionar el contrato.

No es nuestra posición: si los contratos reales fuesen consensuales, la entrega obviamente contaría como una prestación debida por el correspondientemente obligado, por lo cual serían siempre contratos bilaterales: entrega y restitución.- De no ser ello así, no se hubiese transformado en consensual y además, siéndolo, admitiría la exigencia de la entrega a través de la acción de cumplimiento propia de los contratos con obligaciones recíprocas (art 510), lo que es contrario a la falta de exigibilidad intrínseca a los preliminares de contratos reales. De todos modos reconocemos la importancia del argumento, que rescataremos oportunamente al tratar la causa fin y la necesidad de “condicionar la obligación de entregar a la vigencia del interés del tradens al momento de la entrega” que se postula como una de las posibles soluciones compatibles con la derogación de la realidad. Cfr Infra págs 153 y ss

En la legislación actual, los contratos reales son siempre unilaterales pues la restitución es la única obligación contractual, la entrega es constitutiva.

Entre los onerosos en cambio se ha de distinguir: si la onerosidad o sacrificio pesa a la misma parte que tiene la obligación de restituir, como ya lo explicáramos, -ej el mutuo de donde resulta al mutuario la obligación de pagar los intereses-, el sacrificio es debido como obligación por el único ya obligado a la restitución de la suma de dinero que será el mismo

¹⁰⁸ op cit, pág 255 y ss.

que tiene que abonar los intereses, por tanto es unilateral y además oneroso.

Pero si el sacrificio grava al que realizó la entrega constitutiva, que no integra las prestaciones que nacen del contrato pues la entrega es tratada como prestación esencial para el nacimiento del acuerdo, como por ejemplo en el depósito, la onerosidad del mismo genera la bilateralidad. El depósito no será bilateral por la entrega –que no cuenta como prestación devenida del contrato-, sino por la obligación de pagar al depositario. El depósito oneroso es obviamente entonces, bilateral.

Para Salvat el contrato oneroso de renta vitalicia es bilateral, lo que en opinión de Bueres, se debe a la influencia de autores franceses, pues en ese país este contrato es consensual.-

Respecto a los contratos manuales, como en ellos la contemporaneidad de la prestación no implica la naturaleza constitutiva y esencial de la entrega –ésta se realiza “solvendi”, y no “contrahendi” causa-, son consensuales y naturalmente bilaterales¹⁰⁹.

EN última instancia, el caso de las prestaciones ex post facto que eventualmente pueden surgir en la etapa funcional del contrato, tales como el reintegro de los gastos conservatorios de la cosa, son prestaciones que para algunos integran el tertius genus de la sinalagmaticidad imperfecta. Bueres desconoce la categoría de “sinalagma imperfecto” pues, en nuestro 1138 se computan a los efectos de la uni o bilateralidad, según al momento de conclusión del contrato, las obligaciones se generan en situación de reciprocidad.- En el sinalagma imperfecto romano, no existía tal reciprocidad, sino una acción “directa” para la prestación principal y una “contraria” para la accesorio que, como se ve, no son prestaciones de igual entidad.

Es grande la importancia de determinar si el contrato es uni o bilateral por cuanto, son propias de los contratos bilaterales: la aplicación de la exceptio non adimpleti y non rita adimpleti contractus, la teoría de la imprevisión –si bien aplicable a los bilaterales, resulta más propia de los contratos onerosos y conmutativos-, la teoría de los riesgos – casus que ha de ser soportado por el acreedor a menos que exista mora del deudor a quien se trasladan en tal caso por previsión del art 513 y concord CC-, la posibilidad de ceder la posición contractual con las variantes que ofrece por la posible delegación de deuda- y el pacto comisorio tácito del 1204 CC y 216 C Com En cuanto a la forma, se requerirá doble ejemplar si se trata de contratos bilaterales.-

En los sinalagmáticos imperfectos o unilaterales ex post facto (Díez Picasso) no tiene lugar estas soluciones legales, toda vez que el acreedor cuenta con el derecho de retención.

Onerosidad o gratuidad:

Surge del art 1139: “Se dice también es este código, que los contratos son a título oneroso, o a título gratuito: son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle: son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte”.-

Se refiere principalmente a la utilidad que se sigue del negocio para una o ambas partes según sea gratuito u oneroso respectivamente con el correlativo gravamen para la contraria. Se trata de un criterio económico y no técnico jurídico como el anterior (de dogmática jurídica).-

Respecto a los efectos que se siguen de este encuadre:

a) En primer lugar cabe destacar que la onerosidad detiene los efectos del fraude pauliano, de conformidad a los artículos 968 y 970 CC, de la acción reivindicatoria (arts 2767 y 2778 CC, de petición de herencia (art 3420 CC); b) concede protección en caso de evicción y vicios redhibitorios (art 2089, 2091 y 2164 CC) y concede oponibilidad a ciertos terceros aún en caso de nulidad (caso del Boleto por imperio del art 1185 y 2355CC); frena la acción de reducción y colación (art 1832 inc 2 y 3476 y ss CC).

b) La gratuidad impone deberes de gratitud que se reflejan en la posibilidad de la revocación (art 1858 CC), en la concesión del pago con beneficio de competencia (art 800 inc 5), en el régimen de alimentos (art 1837 CC) y en la restitución del comodato (art 2271 y 2284 CC).-

Asimismo las reglas de los actos gratuitos son menos estrictas tratándose de actos gratuitos, así como que la prueba de la mala fe se extiende en los onerosos al tercer adquirente; también la pauliana concursal es mas amplia respecto a la prueba y extensión en los contratos gratuitos; difieren también las consecuencias en materia de graduación de la culpa que hace responder de culpa levísima en aquellos contratos en que el beneficio era para el deudor; de culpa leve cuando el beneficio es de ambas partes y de culpa grave cuando el beneficio es

¹⁰⁹ No así en la donación manual.-

sólo del acreedor. Los contratos gratuitos suelen ser *intuitu personae*, resultando de ello que el error en la persona vicia el consentimiento. La obligación del adquirente a título gratuito de respetar el contrato de arrendamiento, cuando la cosa pasa a poder de un tercero en el pago de lo no debido. Un mayor rigor formal afecta a los contratos gratuitos por parte de la ley. Así, los gratuitos requieren mayores formalidades para su celebración y el tratamiento del adquirente a título gratuito es de menor protección.-

Si bien son todas cuestiones que exceden el estricto objeto a que queremos abocarnos, las exponemos a efectos de tener presentes las normas aplicables en cada caso..

En el caso de los contratos reales, pueden ser gratuitos u onerosos salvo el comodato que es esencialmente gratuito –pues de lo contrario configura una locación- y el oneroso de renta vitalicia que, como su nombre lo indica es esencialmente oneroso. La prenda y anticresis así como el depósito o el mutuo, pueden asumir ambas posibilidades.

En los casos de los contratos de garantía, tanto en la prenda como en la anticresis, si la cosa o el predio pertenece al deudor, se trata de un contrato que reporta utilidad para ambos contratantes. El acreedor prendario o anticrético, obtiene la garantía o frutos que abona al pago de su crédito y el propietario, la extinción de su obligación por tanto son considerados onerosos. De todos modos la doctrina no es conteste al respecto en tanto existen otros argumentos discutibles, como el carácter accesorio de estos contratos, la necesidad de escrutar las ventajas para las partes que en caso de la garantía aislada se considera todo un campo de estudio así como el carácter que reviste la hipoteca o prenda del bien del propiedad de un tercero.

Si la cosa o el predio pertenece a un tercero, cabe hacer las mismas distinciones que se hacen respecto a la hipoteca cuando es constituida por un garante hipotecario: si se constituye a cambio de una remuneración o pago ofrecido por el acreedor: será oneroso el contrato, y además bilateral; en tanto si se constituye a cambio de una remuneración o pago ofrecido por el deudor principal: el contrato será gratuito, porque el que se obliga a pagar es un tercero, sin sacrificio a cargo del deudor; y finalmente si se constituye sin que medie pago alguno, ni del acreedor o deudor principal: el contrato es gratuito como tal.

El contrato real como situación material: En otras concepciones y plano de ideas, fijémonos la particular opinión de Antonio Silva Sánchez¹¹⁰ para quien los contratos reales del civil law, no son siquiera contratos del common law. En éste sistema son solamente “bailments” o acuerdos en que el “bailee” tiene la obligación de restituir en virtud de la *situación material en que se encuentra*, de allí que el “bailor” no tiene una acción contractual, sino una simple acción real basada en la posesión y la propiedad.

D.- ASPECTO CENTRAL

SUBSISTENCIA DE LA CATEGORÍA

CRITICA A LA TESIS TRADICIONALISTA

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTREGA DE LA COSA O DATIO REI

Para analizar la subsistencia de la categoría resulta previo exponer la crítica al actual sistema clasificatorio que distingue los acuerdos consensuales de los reales como categorías diferentes. Luego, como aporte a la misma conclusión, es determinante el análisis de la naturaleza jurídica de la entrega de la cosa.- Gete Alonso y Calera, destaca el carácter esencial del consentimiento en la formación de los contratos, distinguiéndolo como elemento de formación (incuestionable) y elemento de eficacia o perfección del acuerdo así como de integración de los restantes elementos¹¹¹.-

Si bien sostiene que este elemento del contrato no pierde tales roles en el caso de los contratos reales, la eficacia obligatoria o perfección en estos tipos contractuales, depende de la entrega de la cosa a los efectos restitutorios.

Otros autores que ya individualizáramos se oponen a su pervivencia, en tanto una gran cantidad de prestigiosos autores sólo analiza esta clase de contratos reales, sin pronunciarse sobre su suerte.

Algunos niegan la existencia de contratos reales onerosos (Forchielli, Simonetto¹¹²) y acepta la categoría para los gratuitos, pues se entiende que en los primeros nadie puede dudar de su naturaleza vinculante, aún antes de la entrega¹¹³. En los gratuitos –por el contrario- quien

¹¹⁰ Catedrático de la Universidad de Extremadura. Anuario de la Facultad de Derecho ISSN 0213-988X- N°19-20- 2001/2002, págs 343 a 361

¹¹¹ Op cit, cap II y pág 271.-

¹¹² –cita de Barea pág 95

¹¹³ Böhmer, Carresi, Schlossmann y Werdsm.- Cita de Bueres y Jordano Barea.-

promete gratuitamente, no se entiende que asuma un vínculo jurídico hasta la efectiva entrega.- Lo mismo cabe decir de los contratos celebrados en interés exclusivo del que entrega pues en tal caso, ¿cómo podría serle impuesta la obligación de entregar si ha perdido el interés? Imaginemos para ello al depósito gratuito y veremos que deviene imposible la imperatividad del cumplimiento dado que el depósito es un contrato que se celebra en interés exclusivo del depositante.

Se ha de investigar si, en caso de ser consensuales, no se presentaría el problema de tener que justificar porqué habría de ser obligatoria la entrega si el contrato se hace en interés exclusivo del tradens –en el caso de depósito- o del accipiens –para el caso del mutuo y comodato-.

Cabe añadir otro razonamiento para el caso del comodato: ¿Cuál sería la razón por la que el comodante ha de prestar de manera coactiva teniendo en cuenta que, a diferencia de la locación, es esencialmente gratuito?

Situados en la posibilidad de transformar en consensuales los contratos reales, en tales casos y de ser posible admitir que en todo caso resulta imprescindible cumplir la palabra empeñada, si tal fuese el caso que la entrega significara un perjuicio eventual o cierto para el tradens, podría evitarse cumplir con la obligación legal? Puede invocar que la causa era su propio beneficio y que tal ya no existe o que el ánimo de liberalidad en él ha desaparecido?

Respecto a esta afirmación, tenemos para decir que la donación por ejemplo, es un contrato consensual no obstante la clara liberalidad del donante (art 1792 CC) aunque bien podrá objetárenos que en tal caso, luego de la aceptación el interés es ya del donatario en tanto en el depósito gratuito sigue siéndolo del tradens. Este argumento no podría aplicarse al comodato que se realiza en interés del comodatario.

Estamos en condiciones de distinguir: 1) la posibilidad de dejar sin efecto el contrato invocando la frustración de la finalidad económico-social del contrato, o de la causa fin o finalidad perseguida por las partes; y 2) si el interés es del que recibe pero el contrato es gratuito -el tradens no recibe nada a cambio como en un comodato-, en tal caso, además de la posibilidad de revocar el consentimiento prestado antes de la aceptación, -no podría ser revocado por ingratitud por serle impropio-, podría exigirse anticipadamente la restitución por incumplimiento de algún cargo o derivada de alguna condición resolutoria (arts 553 a 565 CC). De todos modos, cabe distinguir los contratos reales de la donación o liberalidad propiamente dicha por no existir en éstos últimos, la obligación de restituir que caracteriza a

los primeros y que permite que el comodante vg pueda exigir la entrega.-

Guzmán Brito propone para la conversión de los contratos reales en consensuales y como una de las variantes que interesa citar acá por novedosa, que la *recepción de la entrega* –léase con atención- sólo sea coactiva en el mutuo y comodato –por ser contratos en interés del que recibe- más no así en el depósito, contrato en el que el depositario conservaría la facultad de desistir hasta el momento de la entrega. Añade a este requisito, que la obligación de restituir se regule condicionada a la efectiva y previa entrega¹¹⁴.-

a) Tratamiento legislativo:

Cabe analizar si existe en los cuerpos normativos una mención expresa de la categoría de los contratos reales, o, si no obstante se omite consagrar su categorización, se legisla en particular la obligatoriedad constitutiva de la entrega. A su turno ha de saberse qué han dicho los juristas que han plasmado su prestigiosa opinión en los Proyectos Legislativos de Unificación o Modificación de la previsión legislativa actual.-

El actual Derecho francés y español, si bien no categorizan a los contratos en consensuales y reales, en ciertos contratos se exige la *datio rei*, por lo que la doctrina ha teorizado la clasificación

Algunos otros países también han legislado a los contratos reales específicamente tales como por ejemplo, Austria, Holanda (1992 excepto el depósito que es consensual), Rusia, República Checa y eslovaca, países nórdicos con excepción de Dinamarca, países Bálticos, Polonia, Rumania, Albania, Bulgaria, Moldavia y Ucrania. En América sorprende la decisión de mantener la categoría en modernas reformas como el caso de Bolivia, Paraguay, Québec y Brasil.

Han optado por el consensualismo, Suiza, Alemania (comodato y mutuo consensual), Dinamarca, Hungría, Eslovenia, Croacia, Bosnia y Macedonia, Perú (1984), Cuba (1987), Puerto Rico, e incluye como contratos reales a la prenda y donación) y subsumen todos los

¹¹⁴ Guzmán Brito, Alejandro: “La consensualización de los contratos reales”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXIX (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2007) pp. 35 – 60. La otra opción propuesta por el autor es la transformación en contratos lisa y llanamente bilaterales.

contratos en un único género de contratos consensuales, suprimiendo o no receptando la categoría.

Este diferente tratamiento legislativo así como la necesidad de determinar su subsistencia, lleva a escudriñar la naturaleza jurídica de la datio rei a efectos de subsanar una eventual arbitraria diferencia de soluciones.

Análisis de la naturaleza jurídica de la datio:

Naturaleza jurídica de la datio rei: obviamente en virtud de lo analizado y expuesto resulta clave determinar la naturaleza jurídica de la datio que por lo demás es un tema que algunos autores ya han considerado con especial interés¹¹⁵.

En sus orígenes, la obligación de restituir que nacía con motivo de la entrega de una cosa con una finalidad determinada de acuerdo a los requerimientos económico-prácticos de la época, generó con el transcurso del tiempo un “nomen” para los supuestos más usados, generando un tipo de contrato nominado caracterizado entonces por el carácter perfeccionante de la entrega de la cosa a los mencionados efectos restitutorios, sin la cual se consideraba no nacida la relación obligatoria. Otros supuestos genéricos de entrega posteriores en el tiempo, o negocialmente esporádicos, no se consolidaron genéricamente ni adquirieron un “nomen”, existiendo por su carácter innegablemente obligatorio, como contratos innominados (do ut des, do ut facio).-

Los comentaristas de la Época intermedia receptaron ya una categoría de contratos nominados en la que la naturaleza de la datio no se cuestionó; se tenía a la datio como causa civilis especial –por su función constitutiva u originante- pero propia de contratos con un nomen especial.- Hoy, en los lugares que legislan los contratos reales como clase contractual específica, la datio sigue siendo **causa civilis, presupuesto o elemento fundante del contrato real**, considerada desde siempre y expresamente por la causalidad inobjetable de la entrega que no obstante ha sido explicada de diferentes modos tratando de estudiar el quid de su esencia.

¹¹⁵ Borda, Bueres, Zago, López de Zavalía, Wayar, entre nuestros autores.

Para algunos, no es un requisito de existencia sino un **requisito de cualidad** a falta del cual nace un negocio diverso: según algunos, un preliminar. Para otros en cambio entre los que contamos a Bueres, la *datio* tampoco es un requisito de cualidad, pues su inobservancia trae aparejada la nulidad del tipo.

Según importante doctrina, la ***datio* es tomada como forma de exteriorizar el consentimiento o voluntad de obligarse**: esta concepción parece descartable desde que el codificador opone esta categoría a los contratos consensuales pudiendo tanto éstos como los reales admitir la clasificación en formales y no formales. Además, las formas hacen al modo de expresión de la voluntariedad en tanto que la realidad de los contratos se centra en una actividad con efectos obligatorios.- De allí que importantes doctrinarios consideran a **la entrega como forma**¹¹⁶. Adler, Unger y Forchielli, en la doctrina extranjera, López de Zavalía, Wayar, Borda, entre nuestros juristas. Quienes se enrolan en esta interpretación admiten por tanto, antes de la entrega, que el sólo consentimiento tendiente a constituir un contrato de mutuo, comodato, depósito, prenda, anticresis, comodato u oneroso de renta vitalicia puedan valer como preliminar, cuando conste inequívocamente la voluntad de obligarse y ello en razón de concebir que la entrega configura la *forma de exteriorizar la voluntad* a falta de la cual sólo se configura un preliminar. Entre ellos, algunos sólo admiten preliminares de los contratos en que imaginan a la entrega asumir el carácter de forma ad probationem o solemne relativa –que coinciden en nuestra ley con la previsión normativa del preliminar del mutuo oneroso (art 2244CC). En tanto quedarían sin valor alguno, los preliminares de los contratos gratuitos en los cuales, la entrega asume el carácter de forma solemne absoluta e insoslayable. -

Creemos en ese orden de ideas que la *datio* no es forma por cuanto decir que no es forma aunque “ha de interpretarse como forma”, es tanto como decir que “no es pero es”. Ante la vetusta exigencia de la *datio*, creemos que su subsanación y la validez del preliminar no ha de buscarse en la distinción entre formas solemnes y relativas por vía del 1185 CC, que convalidan el preliminar obligatorio para los contratos solemnes relativos -por el que las partes se obligan a otorgar el definitivo.- En una posición intermedia se ubican quienes explican que, a falta de entrega, la valorización del preliminar de contrato real puede suplirse a través de la teoría de la conversión del negocio jurídico que no pudiendo valer como tal, se

¹¹⁶ López de Zavalía Fernando. Teoría de los contratos. Parte General. Ed. Victor P. de Zavalía. pág. 62. Mosset Iturraspe Jorge. Manual de Derecho Civil. Contratos. Ed. Bibliográfica Omeba. pág. 72.

admite que pueda producir efectos como preliminar válido por virtud de la aplicación analógica del art 2502 CC. Para ampliar lo expuesto, remitimos a lo que diremos acerca de la forma como elemento del contrato (infra V, 3, B) y a la validez del preliminar.-

Otros autores –aún entendiendo como esencial el elemento real, afirman que pertenecen a los **requisitos legales de eficacia**, por lo que antes de verificarse esa **condición** (conditio iuris), el negocio se encuentra en estado de pendencia o suspensión indefinida.- Las promesas o preliminares configurarían un contrato en pendencia¹¹⁷. La última consideración no resiste la crítica de la sanción de nulidad del contrato puesto que se trataría de una condición potestativa.- Coincidimos con el Dr. Bueres cuando distingue: el llamado “requisito de eficacia” –su omisión sólo suspende o extingue la eficacia, del “elemento esencial”. Entiende que la ausencia de la datio rei, no es un requisito de eficacia –legal- o una conditio iuris, sino que ante esta ausencia, no hay un contrato real *concluido*. En otras palabras, si el requisito falta, no habrá un contrato real concluido, aunque postergado o suspendido en su eficacia, sino que el acto será sencillamente nulo.-¹¹⁸

Datio y causa fin o funcional o atribución patrimonial: se ha asimilado la entrega, a la causa fin o función económico-social del contrato. Betti explica que la entrega no es una forma, sino el contenido del negocio –su regulación de intereses-, es decir, exigencia funcional o función económico-social del contrato.-

Pensamos que la entrega no es causa fin, porque es medio para la verificación de la finalidad en su aspecto abstracto u objetivo o causa fin objetiva –que se traducen en la intención de transferir u obtener el uso, guarda, deseo de prestar un favor.- Tampoco es función económico-social porque en las legislaciones en que tales contratos se encuentran estructurados como consensuales, dicha función se cumple igualmente (Suiza y México) siendo irrelevante atendiendo a esa finalidad, que se la exija ad essentiam o causa solvendi. Asimismo, la restitución se realiza solvendi causa, una vez que se ha “llenado” o alcanzado la finalidad (uso, guarda, deseo de prestar un favor). Para la “teoría de la atribución” que distingue la causa de un derecho o atribución, -tanto de la causa fuente como de la causa fin-. Así, la causa fin o fuente de un derecho pueden tener igual efecto atributivo: ej: el comodato

¹¹⁷ Roth, Coviello, Carrara, Ruggiero Maroi, Mosco: citas de Barea, op. cit., pág. 101.-

¹¹⁸ Bueres, op.cit, pág 101 y sgtes.

y la locación tienen igual efecto atributivo: concesión del uso. Pensamos que la entrega es ajena totalmente a este análisis pues se exige como elemento estructural de algunos tipos y no para la locación en que se genera igual “atribución” por ejemplo. La “atribución patrimonial” ha sido actualmente reemplazada por “desplazamiento patrimonial” Es más apropiado pues requiere que la ventaja o beneficio se materialice en un bien dinerario o no dinerario, por cambio de titularidad, dejando así al margen toda atribución patrimonial que suponga para el beneficiario la evitación de un gasto.

Datio como elemento esencial general y relativo: Recordemos que para Barea, la entrega es un presupuesto o elemento autónomo del contrato real, que se concibe así como supuesto de hecho complejo (acuerdo mas entrega)¹¹⁹.-

Bueres¹²⁰ entiende que la datio es un elemento esencial y propio de los contratos reales. Coinciden Cobas-Zago en que la tradición constituye, en los contratos reales, elemento esencial de los mismos, conjuntamente –agregan- con el consentimiento, objeto, causa y forma.-

En igual sentido Géte Alonso y Calera que considera a la entrega como elemento estructural esencial de tipo, los que para el resto de los contratos se limitan a consentimiento, causa y objeto.-

Pensamos que definir la naturaleza del instituto por su incidencia en la caracterización contractual, no abre un verdadero juicio de valor de su propia esencia, función o sentido a los efectos de valorar su subsistencia o necesidad de derogación. Por lo demás esta posición – podríamos llamarla residual-, no determina la naturaleza de la datio entre los elementos contractuales, sino que la determina como elemento nuevo o autónomo cuando en realidad puede determinarse su esencialidad y valorar si es posible de mantener.

Creemos que en el estado actual de la legislación, la posición causalista, en el sentido que la entrega es **causa fuente** del contrato – al modo del consentimiento y asumiendo su misma función genética-, es la que justifica la existencia de esta categoría.

Maynz sostiene que se comprenden bajo denominación de contratos reales "los diversos casos en los cuales una persona se encuentra obligada por haber recibido de nosotros una

¹¹⁹ Bueres: ibidem

¹²⁰ Op cit

cosa, que ha sido dada y aceptada."¹²¹, concepto que evidencia la entrega como causa fuente de la obligación de restituir.-

Zago y Garrido como señaláramos supra (pàg 32), resaltan la oposición de esta clase de contratos a los consensuales por lo que obviamente, siendo el consentimiento la causa fuente del contrato, la esencialidad de la entrega que legislativamente se impone en los contratos reales, importa que aquella cumple la función de una causa fuente. AL respecto el CC dice : “...quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre que versare el contrato”.-

Admitir una u otra postura acarrea consecuencias, entre otras la admisión del valor vinculante de la promesa de contrato real o su rechazo¹²².-

En razón de la necesidad de investigar sobre la naturaleza jurídica de la entrega de la cosa en los contratos reales –considerada por algunos como causa, forma, condición, elemento esencial relativo-, históricamente concebida como categoría paralela a la de los contratos consensuales, se requiere la investigación de: a) conceptos básicos de causa, consentimiento y forma . b) La correcta denominación de los contratos: la reserva de la denominación de contratos reales para los contratos con “efecto real”

E.- EL PROBLEMA DEL PRELIMINAR –MAS PROPIAMENTE PROMESA- DE CONTRATO REAL

La promesa de contrato real debe analizarse teniendo en cuenta en primer lugar la ley vigente al respecto. El Código Civil contiene una regla general en el art. 1141, cuya fuente es el Esbozo de Freitas, y se limitó luego a agregar algunas disposiciones de carácter particular (2244, y 2256) que seguidamente analizaremos.-

¹²¹Maynz Carlos. Curso de Derecho Romano. Segunda Edición tomo II pág. 321

¹²²Cobas, Manuel O; Zago, Jorge A: “Introducción a los contratos reales.htm”

El art 1141, dispone: “Los contratos reales, para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre que versare el contrato”.-

A su turno el art 2244 CC manda: “La promesa aceptada de hacer un empréstito gratuito no da acción alguna contra el promitente; pero la promesa aceptada de hacer un empréstito oneroso, que no fuese cumplida por el promitente, dará derecho a la otra parte por el término de tres meses, desde que debió cumplirse, para demandarlo por indemnización de perdidas e intereses”.-

El art 2256, es el último referido a las promesas de contratos reales específicamente, resuelve que “El comodato es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa, La promesa de hacer un empréstito de uso no da acción alguna contra el promitente”.-

Se encuentran por tanto legisladas la promesa de mutuo –oneroso y gratuito- y comodato.-

Las modernas formulaciones –doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales- acerca del valor de los contratos preliminares nacen en la vieja Roma, con el nudo pacto que, desprovisto de sus requisitos para ser exigible como contrato, concedía sólo una exceptio como remedio procesal ante el incumplimiento si bien, para otra línea de pensamiento, deriva del primitivo “pacto in contrahendo” como una de las formas de acuerdos precontractuales¹²³.

Con el tiempo tales incipientes doctrinas, fueron receptadas y ampliadas en Alemania por Degenkolb como precursor, Larenz luego, la doctrina italiana (Coviello) y española (Sanchez Velazco, Galindo Garfías) dedicaron importantes producciones al tema así como que fuese receptada en los códigos europeos¹²⁴ y americanos¹²⁵.

Como en su génesis, se trata de convenciones a las que les falta para su plena validez o para hacer exigible el cumplimiento, de algún requisito esencial. Por tal motivo, al no ser exigibles como contrato acabado, sólo pueden generar la obligación de otorgar un nuevo consentimiento definitivo.

Estos precontratos (vorvertrag) han generado dos posiciones frente al incumplimiento: a) su resolución con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios por considerarse intuitu personae la conclusión del acuerdo definitivo (doctrina tradicional); y b) el cumplimiento de

¹²³ Serían las otras, distintas combinaciones uni o bilaterales de ofertas, cualquiera de las cuales, de ser aceptadas, concluye el contrato definitivo.

¹²⁴ Vg. Portugal, Italia.-

¹²⁵ Vg. Cde Prceps Méjico, Bolivia, Chile, Brasil, y C Civiles Guatemala, Panamá.

la formalización definitiva por parte de los jueces (tal la solución jurisprudencial de nuestros tribunales a falta de una norma expresa) cuando exista posibilidad física y jurídica para ello.-

Descontamos que para que tales preliminares tengan valor, ha de tratarse de casos en que los requisitos esenciales del negocio definitivo no sean exigidos por ley bajo pena de nulidad absoluta. Así, puede suscribirse preliminar o Boleto de Compraventa Inmobiliaria (1184/5 CC) –postergando el cumplimiento del otorgamiento de la escritura pública, pero no un preliminar de Donación Inmobiliaria, caso para el que la ley (1810 CC) exige de manera insoslayable la Escritura Pública bajo pena de nulidad. Tal preliminar por tanto, es de ningún valor.

Este último es el caso de los contratos reales pues la entrega de la cosa objeto del contrato (1141 CC) se exige de manera constitutiva de forma tal que sin este requisito no existe contrato.

Tampoco podría intentar la parte expectante, las soluciones del pacto comisorio expreso y tácito (arts 216 y 1204 CC) pues obviamente siendo estos remedios propios de los contratos consensuales bilaterales y recíprocos, la acción por incumplimiento o para reclamar el cumplimiento que genera el pacto comisorio, no procede en los contratos reales y actualmente está expresamente vedado para el contrato de prenda en el art 1203 in fine -entre otros supuestos.-

Esto significa que los contratos reales, si son además considerados unilaterales, no pueden dar lugar a reclamo del cumplimiento de la prestación de entregar la cosa, ni aún cuando la entrega sea en interés del que la recibe o cuando el contrato esté teñido de onerosidad.

Tal sería la condición –unilateralidad- de los contratos reales en el estado legislativo actual que tiene a la entrega de la cosa como constitutiva del propio acuerdo.-

Explicando las soluciones de los artículos transcritos supra, en el mutuo, cuando éste conlleva el carácter de oneroso, el art. 2244 del Código Civil establece que la promesa incumplida de mutuo oneroso, dará derecho a la otra parte, solo para reclamar la reparación de los perjuicios que le fueron ocasionados por tal incumplimiento, durante el termino de tres meses, desde que la misma debió cumplirse.- Por el contrario la promesa incumplida de mutuo gratuito no da derecho a acción alguna contra el promitente.- Luego, el art. 2256 veda la acción por el incumplimiento de la promesa de comodato.-

Frente a las disposiciones de los arts. 1141, y en particular de los arts. 2244 y 2256 y su nota, puede a nuestro criterio sostenerse –adhiriendo a la posición de Zago- que la promesa de contrato real carece de efectos, salvo que la ley le hubiera asignado alguno en especial, como el supuesto del art. 2244.

En contra de este criterio se pronuncia Bueres, quien otorga eficacia a las promesas o preliminares de contratos reales, no encontrándose prohibidas expresa o virtualmente en la ley. Lafaille sostuvo en su momento igual tesitura, considerando que salvo las prohibiciones expresas, el silencio que guarda la ley sobre los demás supuestos de contratos reales, coloca a las promesas de estos, dentro del principio de validez¹²⁶.-

Por su parte, Borda sostiene una posición similar, admitiendo la validez de la promesa de contrato real, salvo que expresamente la ley disponga lo contrario¹²⁷ haciendo además la excepción del mutuo comercial que para el autor es consensual a la luz del art 559: “Si nada se ha estipulado acerca del plazo y lugar en que debía hacerse la entrega, debe verificarse luego que la reclame el mutuante, pasados diez días de la celebración del contrato y en el domicilio del deudor”¹²⁸.

Lo dicho no excluye a nuestro criterio, la responsabilidad de carácter precontractual¹²⁹, con fundamento en lo dispuesto por el art. 1071 del Código Civil, fundamento que para esta hipótesis de responsabilidad, resulta previa a la formación del contrato. Para el Dr Bueres la responsabilidad procede por virtud del art 1109 CC de la responsabilidad aquiliana-

López de Zavalía entiende que –partiendo del criterio que la datio es una formalidad-, solemne para los contratos gratuitos y relativa en el caso de los onerosos, puede zanjarse la cuestión por vía del 1185 CC conforme explicáramos para los contratos onerosos en los que la datio no resulta una solemnidad absoluta como lo considera para los reales gratuitos.

Bueres, que aplica por analogía igual solución –aún en la idea que la datio rei no es forma-, rescata la aplicación de igual normativa a través de la teoría de la conversión del negocio jurídico, basado en el mismo 1185 CC.

¹²⁶ Lafaille Hector. Curso de Contratos. Ed. Biblioteca Jurídica Argentina tomo III pág. 215.

¹²⁷ Borda Guillermo A. Manual de Contratos. Ed. Perrot. pág. 25.

¹²⁸ Borda G: “Tratado de Derecho Civil. Contratos”, pág 640 y ss.

¹²⁹ Piantoni Mario A. Contratos Civiles Vol. I. Ed. Lerner pág. 35. Cobas Manuel O. Responsabilidad precontractual. en Contratos. Cátedra del Dr. Federico N. Videla Escalada. Vol. I.

La conversión del negocio jurídico requiere de circunstancias objetivas y subjetivas¹³⁰. Las objetivas dadas por los elementos que en el negocio nulo –o anulable con invalidez decretada- resultan inhábiles pero suficientes para cumplimentar un segundo acto; las circunstancias subjetivas se refieren a la virtual o hipotética voluntad de las partes pues si las partes previeron la nulidad y quisieron el segundo negocio, no hay conversión sino un negocio simulado. A ello hay que agregar -en postulado de De los Mozos- “que el segundo negocio sea un minus en relación al nulo” pues debe haber una idoneidad para que obre la reducción. Albaladejo en cambio entiende que puede convertirse en un negocio de mayores efectos en tanto surja de múltiples circunstancias: la onerosidad del acto, el juego de intereses o preferencias. Para algunos el fundamento es la conservación del negocio¹³¹ en tanto para otros es una corrección de calificación¹³².

El Código Alemán, italiano, portugués y griego se cuentan entre quienes regulan la conversión. A pesar de no estar regulada expresamente por nuestro Código, creemos que puede deducirse del art 987, 3670, 1184/5 –formal-; 2502 –legal-, art 102 dcto 5965/63 o 3270 -material-

Creemos que por aplicación analógica de las normas sobre la forma, no es posible dar eficacia a las promesas de contratos reales, cabiendo para los onerosos, el resarcimiento de los daños probados, imputables y en relación de causalidad adecuada por vía del incumplimiento del acuerdo precontractual, con la indemnización del interés negativo. El fundamento de la pétrea solución se basa en el carácter fundante de la entrega, sin la cual no hay contrato del mismo modo que si no hubiese consentimiento.-

No obstante lo antedicho, la mayoría de los autores no dejan de reconocer –según lo ya mencionado- la responsabilidad precontractual con fundamento en el artículo 1071 CC que regula el abuso del derecho o por vía de la teoría de la responsabilidad de los propios actos ya citada.-

F. CUESTIONES CONEXAS:

¹³⁰ Compagnucci de Caso: EL negocio...pág 568 en cita a Albaladejo y de los Mozos

¹³¹ Cariotta Ferrara, Cifuentes, Sartoro Pasarelli, Galgano.

¹³² Betti, De los Mozos, Compagnucci de Caso.

LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO. TRADICIÓN. VINCULACIÓN ESENCIAL DEL TEMA CON LOS CONTRATOS REALES.

En la concepción de Wayar¹³³, el tema del título y modo se presenta con apariencia “bifronte”, en el sentido que interesa a las obligaciones y contratos –pues las mas de las veces son los contratos los que funcionan como *título* que da lugar al *modo* y a los derechos reales-, ya que para la adquisición de éstos se requiere la previa concurrencia del *modo traslativo*.

1. EL TÍTULO y EL MODO y el régimen REGISTRAL:

La “transmisión de bienes inmuebles (en propiedad o usufructo)... o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro” –textual de la letra del 1184, inciso 1º-, deben ser hechos por escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública”. Es decir que la forma del título de derechos reales sobre inmuebles, es la escritura pública.-

Por su lado, el art 577 asevera: “Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella, ningún derecho real”.

No obstante, a la exigencia del título y modo (577 CC), se sigue la inscripción registral de efectos meramente declarativos conforme a los arts. 2505 CC y ley 17801.- Es decir título, modo e inscripción registral (lo último para la eficacia frente a terceros).-

En el caso de las cosas muebles y para cuyo caso, resulta de aplicación la doctrina del 2412 CC de “la posesión vale título”, con las excepciones y particularidades correspondientes que no es del caso ahondar respecto a las cosas robadas o perdidas.- Para este tipo de cosas, no es que el 2412 CC las exima del 577 CC, sino que el “modo”, se presume en cabeza de quien resulta su poseedor, presumiéndolo su verdadero y exclusivo dueño salvo prueba en contrario.-

Para algunas cosas o bienes con régimen propio, como el régimen del automotor y el societario, además de las disposiciones particulares que rige cada tema, el sistema registral es constitutivo.

Nos detenemos en el art 577 CC y volvemos sobre él. El modo traditivo es el que la ley impone para la adquisición de los derechos reales, cuando tal adquisición es derivada. En

¹³³ Wayar, E.C.: “Obligaciones”. Depalma. Buenos Aires. 1990 – 2002 tomo 1 p.389.-

tales supuestos, el artículo claramente dice que “antes de la tradición de la cosa, el acreedor ...”. Llama acreedor a quien no obstante tener título, no ha “aprehendido” la cosa de manos del tradens, la cosa sobre la que pretende adquirir un derecho real. Antes de la tradición, sólo hay derecho personal o creditorio.

La tradición es de una coherencia tal, que si de derechos que generan potestades directas que han de ejercerse sobre la cosa, el título no basta, ha de seguirse la aprehensión de la misma. Así, en Roma.

Luego, legislaciones posteriores han menoscabado la exigencia, declarando suficiente al título. Corolario de una postura laxa, se han suscitado una seguidilla de “pleitos” como expresa el codificador en la nota al 577, forzando por tanto el carácter constitutivo de las registraciones de los títulos. Basta ver un niño para concluir que cuando su madre pretende hacerle creer que el juguete que está en el estante de la juguetería será de él más tarde, se apresura a llorar en el entendimiento que hasta que no puede poseerlo conoce que no suyo aunque las leyes no conozca.

Así, si no obstante el título y el modo, otro usurpa la posesión de la cosa, los derechos sobre la misma pueden perderse por prescripción.

En este punto remitimos a lo expuesto respecto a la ausencia de tradición constitutiva para algunos derechos reales tales como los de garantía, prenda, hipoteca, anticresis y servidumbres negativas. En estos casos creemos que existe un modo traditivo en tanto se exige la entrega del título que es cosa mueble o inmueble por representación, sobre lo que ya nos pronunciáramos supra.

Cabe seguidamente la relación de la entrega que sucede en los contratos reales, por comparación con la entrega como modo de adquisición de los derechos reales.

2) Concepto de “entrega” de cosas. La tradición.-

a) Introducción. Naturaleza jurídica de la tradición y unificación en su triple finalidad:

Nos introducimos en el tema, considerando el tema terminológico. El Código utiliza en ocasiones la palabra tradición, y en otros casos, simplemente “entrega”. Lo primero, en los

arts.577 (obligación de dar para constituir derechos reales), 2524 (modos de adquirir el dominio), 2601/2 y 3 (tradición traslativa de dominio), 2377 (adquisición de la posesión), 1141 (contratos reales), 2190 (depósito) y 3205 (prenda); lo segundo, es decir “entrega”, en los arts. 2071 (renta vitalicia), 2242 (mutuo), 2256 (comodato) y 3240 (anticresis).

Por su parte, el codificador consagra distintas finalidades de la entrega en el art 574 que dice: “La obligación de dar, es la que tiene por objeto la entrega de una cosa, mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir solamente el uso o la tenencia, o de restituirla a su dueño”. Parecería consagrar la univocidad de un único concepto que opera como género, dentro del que se distinguen especies por sus efectos, en atención a la finalidad de la entrega pues el mencionado artículo antes de enumerar las posibilidades dice “con el fin de”.-

b) Concepto de entrega:

EN opinión de algunos –tal Lorenzetti¹³⁴-, la entrega es distinta de la tradición.

Spota¹³⁵ define a la tradición como sinónimo de entrega, y expresa que se trata de un acto jurídico bilateral -no un contrato, aclara con énfasis- como medio de adquirir la posesión de una cosa.-

López de Zavalía distingue la entrega constitutiva –*datio rei*: propia de los contratos reales- de la tradición, que es contrato, y que supone un consentimiento adicional del tradens y del accipiens (del que entrega y del que recibe).-

La doctrina mayoritaria¹³⁶, entiende la tradición como acto real no contractual, idéntico para los contratos reales o para los efectos reales.

Orgaz alude a la clasificación alemana e italiana que separa hechos naturales de los humanos y dentro de los últimos a los actos jurídicos que implican declaración de voluntad cuyo núcleo lo integran los negocios jurídicos, los actos de derecho -semejantes a negocios-, y reales o materiales, lo que consideremos supra.

Distingue así dentro de los actos humanos lícitos entre negocios jurídicos y simples actos lícitos (899 CC), los últimos a su vez se dividen en actos semejantes a negocios jurídicos pero cuyos efectos dependen exclusivamente de la ley (interpelación por mora, elección en

¹³⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis: “Contratos. Parte Especial. Tomo I. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2003.-

¹³⁵ Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Tomo I, pág 172. Depalma. Bs As. 1978.-

¹³⁶ Mariani de Vidal, Marina: “Curso de Derechos Reales”. V.P. de Zavalía Editor. Bs As 1976 y eds posteriores

las obligaciones alternativas) y los que persiguen sólo un resultado de hecho (actos reales o materiales u operaciones jurídicas tales como especificación o descubrimiento de tesoros). Desde otro punto de vista distingue los hechos jurídicos simples de los complejos (los últimos producen efectos simultáneos o sucesivos cuando se unen a otros hechos (obligaciones a plazo, testamentos, contratos entre ausentes) o también con otro criterio separa los constitutivos –prueba quien alega-, impeditivos –impiden los efectos constitutivos- y extintivos –se hacen valer por vía de excepción: vg: pago en cualquiera de sus formas, caso fortuito.-

Carnelutti con criterio cuatripartito diferencia –como señaláramos- los actos ilícitos, debidos, negocios jurídicos y resoluciones¹³⁷.-

Mosset Iturraspe ¹³⁸ divide los hechos simplemente lícitos de los hechos lícitos o actos jurídicos. Los primeros a su vez admiten la sub-clasificación de los que importan alcanzar un resultado de hecho –en la doctrina alemana actos reales- o actos de derecho -de conocimiento, exteriorización de voluntad o sentimientos- a los que la ley atribuye efectos.

Nos basta a este efecto rescatar esta diferenciación para hacer claro el entendimiento de nuestra posición acerca de la naturaleza de la entrega desde el punto de vista estructural: se trata de un acto real y no de un contrato. Rescatamos como de insustituible valor la clasificación de los actos jurídicos que nos permite diferenciar los actos jurídicos que tienen por fin inmediato o directo la producción de efectos jurídicos o mediatos; de los actos materiales o reales.

Para nosotros toda datio o tradición es acto real, debido, ejecutivo y extintivo. Zanjada queda así la cuestión de dilucidar la confusión que nos genera la idea de entender que la tradición es un contrato¹³⁹ en la constitución de derechos reales, evitándose así la exigencia de dos contratos en la generación del derecho real que es terminológicamente confuso y conceptualmente inexacto en nuestro modesto parecer. Participamos así de la opinión de los especialistas en Derechos reales que prácticamente en forma unánime se pronuncian en tal sentido¹⁴⁰.-

¹³⁷ Carnelutti, Francesco: “Estudios de Derecho Procesal”, T1, &23, pág 68.-

¹³⁸ Mosset I Negocios simul fraud y fiduciarios Ediar Bs As 1974.

¹³⁹ Remitimos a la opinión individualizada supra correspondiente al Dr López de Zavalía, op cit, I, pág 21 y sgtes.-

¹⁴⁰ Alterini Jorge Horacio-Gatti, Edmundo. "El derecho real-Elementos para una teoría general". Abeledo Perrot, Bs.As. 1991 Belluscio-Zannoni. "Código Civil y Leyes complementarias- Comentado - anotado y Concordado".

c) La tradición como contrato: Recordando el problema planteado supra, los que estiman que la tradición es un contrato, concluyen que la adquisición del derecho real, tendría vg, dos contratos precedentes¹⁴¹: el título causal de la transferencia y el contrato traditivo. No lo admitimos siendo que el efecto de ambos es único y el segundo es de carácter ejecutorio y extintivo en relación al primer contrato. Nos explicaremos:

Se podrá argumentar la indiferente acumulación de dos acuerdos tendientes a igual fin, como en el caso del precontrato y el contrato, caso en el cual ambos tienen indiscutible naturaleza contractual o en la transacción que pone fin a los litigios o dudas devenidos de un acuerdo precedente. Razonamos sin embargo que en ambos casos –u otros argumentados- ambos actos suponen un consentimiento jurídico diferente o que, al menos en algo difiere. En la tradición, hay estricto cumplimiento de una prestación que además es *real*, es decir, que el efecto real deviene inmediato y la doctrina mayoritaria admite el efecto real mediato.

Podrá intentarse rebatirnos indicando a los restantes contratos extintivos -como la transacción- para decir que se trata de un contrato que extingue otro contrato. Allí vamos: los contratos que son extintivos en relación a otro acuerdo precedente involucran un nuevo acuerdo y por tanto obviamente son de naturaleza contractual. El caso de los actos materiales o reales de entrega, no importan modificación del acuerdo sino que la “extinción” se produce por “ejecución” de la/s obligación/es pactadas y por tanto, al ser acto debido, no suponen ni requieren una nueva manifestación de voluntad o acuerdo en igual sentido. Es o sería claramente redundante.

La imposibilidad de entender a la tradición como contrato, no resulta por tanto de su carácter extintivo¹⁴² –la tradición es vg un contrato-, sino de tratarse de un pago pues si bien el pago es un acto extintivo (art 724 CC), es pago y por ende, acto debido¹⁴³.-

tomo 4, Bs.As. 1986. Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales. Tomo I. Editorial Perrot. Bs.As. 1975 Calegari de Grosso, Lidia E. "Derechos Reales - Su estudio a partir del caso judicial". Abeledo Perrot, Bs.As., 1998 Coghlan, Antonio R. "Teoría General del Derecho Inmobiliario Registral". Abeledo Perrot. Bs.As. 1984. Highton, Elena I. "Derechos reales. Dominio y Usucapión". Bs.As. 1979. Llambias, Jorge Joaquín - Alterini Jorge Horacio. "Código Civil anotado". Tomo IV. Derechos Reales. Bs.As. 1951 Mariani de Vidal, M. "Curso de Derechos Reales". Ed.Zavalía. 1974. Musto Néstor Jorge. "Derechos reales". 2v. Ed.Astrea. Bs.As. 2000

¹⁴¹ El contrato de compraventa generaría la obligación de entregar, que se ejecutaría a través de otro contrato que llamamos tradición?

¹⁴² Es clara nuestra posición acerca del contrato: crea, modifica, opera la transferencia y extinción de obligaciones de manera inmediata siendo siempre mediata la producción de efectos reales.

Reforzamos el argumento: los tratadistas de derechos reales, entienden en su mayoría –sin ignorar la corriente que la concibe como contrato¹⁴⁴–, que la tradición es un acto jurídico real. Partipamos de esta segunda postura.

Tales doctrinarios además, cuando establecen las causas de los derechos reales, señalan a la ley. Al contrato lo entienden sólo como antecesor mediato del derecho reafirmando que el orden público que campea en el ámbito de tales derechos, determina su *númerus clausus*, el formalismo propio y la inviolabilidad del régimen. Reconocer como fuente de los derechos reales a la ley, evidenciaría que el simple consentimiento manifestado en el acuerdo contractual es por sí solo ineficaz para la creación –constitución– de los derechos reales. Se ha de añadir la tradición como acto real propio.- Esta última afirmación conserva la coherencia del sistema, no obstante lo cual no soluciona la existencia de “dos contratos” en la cadena causal del mismo fenómeno jurídico. Si el consentimiento ya está dado y no es necesario modificarlo: a qué otro contrato?

Podemos colegir entonces que por debajo de este análisis subyacen dos postulados que sostenemos como fundantes de nuestra conclusión: El primero de ellos es que, en nuestro modesto entender la tradición es pago; y el segundo es su carácter de acto real.

Naturaleza jurídica del pago:

Sin ser la cuestión que nos ocupa, nos posicionaremos en este punto por la gravitación que tiene en nuestro tema. El pago ha sido ubicado como hecho jurídico¹⁴⁵, acto o negocio jurídico –bilateral¹⁴⁶ o unilateral¹⁴⁷; abstracto¹⁴⁸ o contractual¹⁴⁹–, instituto de naturaleza proteica, acto debido.-

¹⁴³ Aplaudimos y adherimos a quienes sostienen la naturaleza del pago como acto debido: Compagnucci de Caso, R. H: JA 1986-II-749. Canelutti, F: “Teoría general del Derecho”, op cit, N°97. Vid notas siguientes.-

¹⁴⁴ excepción hecha de López de Zavalía –op cit tomo I, pág 21–, su discípulo Wayar y pocos otros en la doctrina nacional aunque no así en la doctrina extranjera.

¹⁴⁵ Giorgianni, op cit,

¹⁴⁶ Busso, De Gásperi (también es relevante la voluntad del acreedor)

¹⁴⁷ Alterini (Manual de obligaciones, pág 94), Borda, Llambías (Tratado, obligaciones, n°1394 y 1403), Lafaille (Tratado, t I, n°329), para quienes influye sólo la voluntad del solvens.

¹⁴⁸ Compagnucci de Caso –“Sobre la naturaleza Jurídica del pago”, pág 751-cita en esta tendencia a Gregorio Ortega.

¹⁴⁹ Vid nota 144

Acerca de este fundamental punto, fijamos nuestra posición en seguimiento de quienes entienden que el pago es acto debido¹⁵⁰. La objeción acerca de la existencia de actos debidos que no son pago –tal el cumplimiento de un cargo- no nos permite inferir lo contrario, es decir: que existan otros actos debidos que no sean pago, no significa que el pago no sea un acto debido¹⁵¹.

Naturaleza jurídica de la tradición:

La tradición por otra parte es también acto real pues desde este otro punto de vista se contrapone al negocio jurídico-contrato que importa exclusivos efectos obligatorios y no reales como largamente lo sostenemos oportunamente¹⁵².

d) Todo lo expuesto nos lleva a otro asunto tangencial: defender la posición que entiende igual naturaleza en todo acto de entrega de cosas u obligaciones de dar, en las que siempre debe haber quien las de (tradens) y quien las reciba (accipiens). Es aceptable sin embargo, hablar de género y especies de acuerdo a la finalidad: obligaciones de dar para restituir al dueño, para transmitir el uso o la tenencia, para constituir derechos reales o transmitir la posesión (art 574 CC).-

Desde otro punto de vista pueden clasificarse los actos jurídicos en constitutivos, de ejecución o extinción. Los dos últimos conforman la categoría de actos debidos. La entrega de la cosa es, como vimos en la primera parte de esta introducción, un acto real, y ahora decimos desde este otro punto de vista un acto solvendi causa, de ejecución o extintivo pues importa el cumplimiento de una obligación de entrega contractual previa..

Resumiendo diremos que en cuanto a la naturaleza jurídica de la entrega en general, como acto único, pensamos que se trata de un acto real y debido que importa ejecución de obligaciones contractuales extintivas a título de pago que surgen de acuerdos preexistentes¹⁵³.-

3. Legislación argentina:

¹⁵⁰ Carnelutti (vid nota 143), Galli ("Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata", año 1941-II-269), Betti (Compagnucci de Caso (JA -1986-II-749, quien sitúa en igual corriente a Martorana, Barassi, Barbero Doménico)

¹⁵¹ El maestro Carnelutti rebate el argumento por vía de excepción que confirma la regla. Nos parece que el que usamos .de género y especie- no deja dudas.

¹⁵² CfrV,3.-

¹⁵³ Compagnucci de Caso. Manual de Obligaciones, El Negocio Jurídico, ops cits, sigue a Carnelutti.-

En nuestra ley, la traditio o datio es hoy una única institución con tres finalidades posibles: conceder el uso, retituir al dueño o constituir derechos reales (citado art 574 CC)

3.a. LATRADICIÓN COMO INSTRUMENTO DE ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

Mariani de Vidal¹⁵⁴ explica a la tradición como **modo bilateral** de adquisición de la posesión o adquisición *derivada* (unilateralmente se adquiere por *aprehensión* –2374, aplicable a las res nullius y por ende sólo a cosas muebles- u *ocupación* –2382, contra la voluntad del actual poseedor y aplicable a todo tipo de cosas, así como los modos derivados de fenómenos naturales).

3.b. TRADICIÓN TRASLATIVA DE DOMINIO.-

EN Roma, la traditio era uno de los tres *modos* de adquirir el dominio en forma derivada conjuntamente con la mancipatio y la in iure cessio¹⁵⁵. Estas dos últimas desaparecidas en el Derecho Justiniano. Estos modos debían añadirse -para transmitir el dominio- a un título causal o acto jurídico obligacional.

El Derecho Francés, originariamente receptó el tradicional principio romanista de la necesidad de la entrega para transmitir el dominio, además del título o acto obligacional. Luego los actos de entrega se tuvieron en Francia por concluidos con la inclusión de la cláusula de “desaisine-saisine” siendo entonces la tradición reemplazada por una fórmula ficticia en los títulos. EL Código de Napoleón directamente suprimió la fórmula, estableciendo que la propiedad se transmitía por la sola fuerza de la convención (la cláusula se consideró sobreentendida en todos los contratos).

Vélez critica la posición cuando en la nota al art 577 expone que “no se concibe cómo una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce”, -destacando que el derecho real ha de distinguirse del personal manifestándose con otros caracteres, signos públicos y visibles tanto “como sea posible”-. Subraya la institución del registro a que tuvo que acudir el Derecho Francés para solucionar los conflictos que se planteaban (1855) a fin de la

¹⁵⁴ Curso de Derechos reales, t 1 págs 78, 122 y ss. tII, cap “modos de adquisición del dominio.

¹⁵⁵ La mancipatio era el modo per aes et libram para adquirir la res Mancipi propio de los ciudadanos romanos con gran publicidad. La in iure cessio era tanto para res Mancipi o nec Mancipi, que simulaba una acción de reivindicación en que se presentaban adquirente y enajenante ante el pretor para simular una reivindicación a que se hacía lugar, entregando la cosa al adquirente. La traditio era la forma de adquirir en un principio res nec Mancipi que se realizaba por la entrega –tradens y accipiens- si se trataba de una res Mancipi, sólo se transmitía la propiedad bonitaria.-

oponibilidad a terceros para los inmuebles y la combinación para los muebles de la regla “posesión vale título”. Como corolario y citando a Freitas, establece el 577 CC.

En la actualidad, en el sistema del derecho germano la publicidad es constitutiva, en el decir de Valdés-Orchansky se quita eficacia al título y sólo vale el modo o tradición inscripta. No obstante, la tradición no cuenta como requisito de la transferencia. Se trata de una declaración de las partes ante el oficial registrante, y por tanto de un título abstracto del título causal, que sólo da lugar a acciones de repetición fundadas en el enriquecimiento injusto¹⁵⁶.

Es decir que en el sistema francés, la tradición se suple con fórmulas escritas en el título, en el alemán por el formulismo registral.- En nuestro sistema, se exigen actos materiales de entrega.-

En concreto en la legislación argentina, el Boleto de Compraventa, aunque seguido de tradición, no produce la transferencia de la propiedad sin la forma de la Escritura Pública. No obstante la forma –impuesta como solemne relativa-, puede exigirse (1184/85 CC).

Los autores que entienden que la entrega de la cosa en los contratos reales puede asimilarse por sus efectos a la entrega constitutiva de derechos reales, afirman que la entrega puede por tanto exigirse por virtud de los mencionados artículos en los casos en que la solemnidad no es absoluta, hecho que coincide con pocas diferencias de opiniones, con los contratos reales onerosos.

Ya nos pronunciamos acerca de la imposibilidad de aplicación analógica de esas normas: en el caso del Boleto –que en tanto título causal de la compraventa y que por tanto contiene la transferencia y constitución del derecho real de propiedad-, la entrega es obligatoria y esencial, impuesta por el art 577, de necesidad absoluta a los fines de la adquisición del derecho real –unida a la forma escrituraria pública impuesta por el art 1184, inc 1º- En el caso de la entrega en los contratos reales es diferente: la entrega es constitutiva del mismo título por lo que no puede haber nacimiento del contrato sin la datio, y que, al no ser exigida como forma sino con carácter constitutivo, no hay posibilidad de exigirla por no haber siquiera contrato (1141 CC).-

Indagar la naturaleza jurídica de la entrega de la cosa en toda situación que la involucre: cumplimiento de una obligación contractual que imponga una prestación de dar –ya sea propia de un contrato real como el comodato o en un contrato consensual como la locación-,

¹⁵⁶ Musto (op. cit. Pág. 474, cita a Ennecerus–Kipp-Wolf, Tratado. Derecho de las cosas, t III, V I,pág359)

tradición posesoria y tradición constitutiva de derechos reales, nos lleva a identificar una única naturaleza de entrega. Las diferencias están dadas en cada caso por la finalidad o causa fin del acto.-

Por lo expuesto e investigado, afirmamos que la *datio rei*, y la tradición traslativa de derechos reales son distintas modalidades de obligaciones de dar, cuya naturaleza jurídica es pago o acto debido y acto jurídico real respectivamente como supuestos distinguibles y diferentes. En el caso de la entrega para transmitir la posesión adherimos a la solución savignyana que estima la posesión como un hecho y por tanto, conserva la naturaleza de acto real pues es un acto humano lícito que puede seguirse como cumplimiento de un contrato de cesión de acciones posesorias.- Entonces –en el caso de la tradición posesoria sin título-, estamos ante una acción de dar pero de efectos jurídicos eventuales en cuanto a la adquisición del derecho real. Si concibiéramos a la posesión como derecho tiene igual naturaleza que la traslativa de dominio pero de efectos diversos.

Falta decir, que los requisitos de cada acto real obviamente dependen de la finalidad que tenga en cada caso la entrega para lo que remitimos a las disposiciones respectivas en cuanto al animus, legitimidad o disponibilidad de la cosa, capacidad, etc por no ser materia estricta de esta investigación.-

III. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La datio rei así como la tradición con efectos posesorios y con efectos constitutivos de derechos reales o con meros efectos personales en contratos consensuales, tiene siempre la misma naturaleza jurídica, esto es, la conducta o prestación de dar una cosa cierta. Esto es coherente con lo preceptuado por el artículo 574 CC que reza: “la obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de una cosa, mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir solamente el uso o la tenencia o restituirla a su dueño”. El artículo no incluye la finalidad de transmitir la posesión pues ésta es un “hecho” –Vélez Sarsfield sigue a Savigny, lo que no altera su esencia también para ese fin. La entrega de la cosa y la tradición son actos jurídicos reales.-

La datio rei no es necesaria como elemento constitutivo de los acuerdos contractuales, los que se perfeccionan solo consensu. Su consideración constitutiva es histórica y vigente por

imperio del derecho positivo. No se corresponde con la generalización del nacimiento o generación solo consenso de los acuerdos, tal como su misma naturaleza lo indica.- Se propone la derogación de la categoría de contratos reales.-

La datio rei es esencial en los contratos con efecto real (577 C.C.).- La tradición es esencial como modo o elemento perfeccionante de las mutaciones jurídicas reales para lo que no resulta suficiente el mero consensualismo.-

La tradición es un acto de ejecución y real –tipo de negocio o acto jurídico- y no puede entenderse como contrato, siendo éste otro tipo de acto.- El contrato es fuente de obligaciones, es decir, acuerdo destinado a reglar derechos creditorios (crearlos, modificarlos, transmitirlos y extinguirlos) no abarca derechos reales o intelectuales. La tradición es por otra parte pago. El pago no es contrato sino acto debido pues importa cumplir con las prestaciones que surgen del contrato, es decir que se realiza solvendi causa.-

Si se reserva la denominación “contrato real” para los “contratos con efecto real”, quedan éstos opuestos a los contratos meramente creditorios, esto es, sin efectos reales.-

Se puede colegir por tanto que actualmente todos los contratos son creditorios y que los efectos reales se siguen del cumplimiento de las obligaciones que surgen de manera directa de los contratos o del modo propio de adquisición de los derechos reales. En apoyo de la tesis, citamos las clasificaciones doctrinarias que bajo el título de contratos creditorios subdividen desde un punto de vista a los contratos en consensuales como opuestos a reales.-

Resulta contradictorio sostener una posición amplia del contrato con la actual concepción de los contratos creditorios pues así el estado de la cuestión, no puede concluirse que los contratos puedan producir efectos reales de manera directa sin forzar la norma del 577 CC.

IV, METODOLOGÍA: CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN PROPIAMENTE DICHA:

Se abordará la investigación con el siguiente orden metodológico:

1. Historia. Derecho Romano. Estudio filológico y antropológico del valor de la palabra y la escritura. Uso en el Derecho antiguo.

2. Situación legal del instituto principal de estudio en la legislación nacional y comparada y su evolución, así como su tratamiento en los Proyectos de Reforma o Unificación Civil y Comercial.-

**3. a. Estudio del Negocio Jurídico. Contrato. Obligaciones. Elementos. Elementos como índice de tipo contractual. Estudio del problema de la causa, consentimiento y forma. -
b. Cuestiones Específicas.**

4. Análisis jurisprudencial del tema de los Tribunales Ordinarios de las distintas Provincias de la República Argentina así como de la Justicia Federal

5. Encuestas.

V. CORPUS:

DESARROLLO

1. Historia.

Analizaremos entonces en el análisis de las fuentes, dos aspectos del tema:

a. Génesis de los contratos reales o estudio de las fuentes y posterior evolución: Derecho Romano;

b. La comunicación escrita entre los hombres y la evolución de su utilización como justificativo de los contratos reales

.

a. Derecho romano¹⁵⁷:

Volvemos a decir que a pesar que los romanos no teorizaron y por esa misma razón, dijimos que en Roma se identificó la “forma” y “causa”, con la exteriorización o con el mismo consentimiento, por ello, el mismo se “exteriorizó” no solamente a través de formas

¹⁵⁷ Coinciden los autores romanistas acerca del valor de las formas en Roma: JÖRS, P y KUNKEL: “Derecho Privado Romano”. Traducción: Prieto Castro. Ed Lab. Madrid. Bs As y Río. 1937, págs 158 a 383. Vid pág 180: adquisición derivativa de la propiedad. PETIT, Eugene: “Tratado Elemental de Derecho Romano”. Madrid. 1876. Ed Saturnino Callejas SA, pág 183 y 55 y Editorial Albatros SRL. Bs As 1966, pág 371 y ss.; BRUNS, Georg: “Las acciones posesorias del Derecho Romano y del actual”. Universidad Nacional de Córdoba. 1952.

documentales, sino de actos que importaban la ejecución misma del contrato o al menos un principio de ejecución, sobre la base siempre de la necesidad de dar seguridad a las convenciones haciendo visible la voluntariedad de celebrar el acto, en aquel entonces de incipiente prueba escrita, publicidad y defensa.- Tales medios de exteriorización fueron: **a)** forma documental: a través de la inscripción en los libros (*litteris*) *chirographa*, *sinagrapha* y libros del pater; **b)** de frases especiales (*verbis*): *nexum*, *stipulatio* y *sponsio*; **c)** de **“la entrega de la cosa”** por el principio de ejecución o cumplimiento de una de las partes –“causa” propia, esencial o característica de los contratos reales o modo de exteriorización de la voluntad, en los negocios que conllevaban la entrega de una cosa en los que el sólo consentimiento no parecía bastar y que generaban una obligación restitutoria. Algunos de estos contratos alcanzaron un “nomen” propio, tales como el comodato, depósito y prenda –el mutuo apareció con el *nexum*-. Otros, no tenían acción propia y por tanto –abarcando todos los supuestos de *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias*- aparecieron como “innominados” probablemente por ser situaciones poco frecuentes para adquirir un nomen propio. Análogo fenómeno actualmente se da con los tipos contractuales que, de naturaleza diferente al nomen pues no se trata sólo de tener una denominación contractual sino un régimen propio, sólo se configuran como “tipo” cuando la frecuencia del acuerdo en el uso por las personas, lleva al legislador a regular tales figuras contractuales.

Reiteramos que si bien el sólo consentimiento -generalmente y sobre todo al comienzo no bastaba-, es de entender que resulta presupuesto de las formalidades exigidas que no por ello lo descartan sino mas bien lo develan.

No obstante ello, pensamos que el hecho de tener como causa contractual no solo al consentimiento sino también al acto de entrega, se generaba por doble causa la obligación de restituir.

Si bien el derecho superó -si bien todavía formalista-, el aún mayor rigor del *nexum*, *stipulatio* o *mancipatio per aes et libram* de la época más primitiva donde la exteriorización de la voluntad era una actuación cuasi circense¹⁵⁸ como dijéramos, olvidó añadir que el consentimiento tácito de los contratos reales convalidaba también su obligatoriedad consensual pues los paulatinos contratos innominados que fueron surgiendo en la época de la República –Período Clásico o Imperial-, eran igualmente reales puesto que la conducta de una de las partes, generaba el efecto obligatorio correspondiente para la otra provocando el

mismo efecto y siendo prueba de la futura configuración del tipo en razón de las necesidades económico-sociales no por el carácter constitutivo de la prestación, que no era óbice a la inmediata formalización consensual de los mismos, posteriormente recogida en las leyes.-

Queremos demostrar que “sellar” un acuerdo en un papel tal como hoy acostumbramos a hacerlo en la confianza de ser la forma mas segura, es un proceso que ha llevado siglos. En segundo lugar, si tan pocas personas accedían a la escritura, instrumentar los acuerdos era una tarea costosa, poco accesible y práctica. Por ese motivo, la presencia de testigos era factible y cercana. De la misma manera, los asientos contables en los libros del pater o del deudor tenían efectos constitutivos y probatorios sólidos.

Ahora bien: la entrega de una cosa naturalmente genera la obligación de restituir sólo si es aprehendida por quien quedaba constituido deudor, lo que no significa que la entrega no sea obligatoria solo consenso a menos que la parte interesada en entregar demuestre –a efectos de no efectivizarla- que la función económico-social del acuerdo se ha frustrado o el accipiens oponga simplemente su falta de interés ante la mora, lo que además puede explicitarse como condición, lo que trataremos de profundizar en su momento.

b. Evolución de la escritura y su aplicación para el estudio del Derecho:

Según Narcís Fernández¹⁵⁹, la trayectoria que lleva a otorgarle a un dibujo un valor de signo fonético, independiente de lo que expresa a primera vista, es muy ardua e “implica un nivel de abstracción asombroso, especialmente si tenemos en cuenta que la humanidad lo realizaba por vez primera, milagro que dice se produjo en Grecia en el siglo VII a.C”. No obstante señala como iniciado el camino en la Ciudad sumeria de Uruk –a orillas del Éufrates, en la Baja Mesopotamia con inscripciones de signos cuneiformes sobre tablillas de cerámica alrededor del 3300 aC -descubiertas por una expedición arqueológica alemana en 1929.- Este hecho permitió reconstruir la historia del empleo de “calculi” y “bullae” como sistema de contabilidad precursores de la escritura sobre tablas y que servían para facilitar el cálculo y el conteo en las transacciones comerciales primitivas.

¹⁵⁸ Recordemos que se exigía una balanza, el libripens y dos testigos.-

Con posterioridad recién se asoció la fonética entre dibujos y sonidos desde lo mas sencillo hasta expresar acciones (vg.comer se expresaba dibujando una boca y un pan).

No obstante el sistema se hizo muy complejo, para los sumerios todos los signos eran palabras, incluidas las sílabas, aprenderlo requería años de arduo esfuerzo por lo que la figura del escriba se hizo entonces imprescindible: “Si en algún lugar el escriba es representativo de una civilización, resulta obligado mirar hacia el Antiguo Egipto”.

Esto probaría que el inicio de la escritura sería en la Mesopotamia y luego en Egipto.

La escritura egipcia –según este autor- surgió algo más tarde, hacia el año 3100 a.C., y lo hizo provista ya de todos sus medios técnicos. Los jeroglíficos se emplearon durante más de 3.000 años, hasta el siglo IV de nuestra era. “Según los filólogos se podría datar con toda exactitud el lugar y la fecha de la última inscripción: en la isla de Filae, el 24 de agosto del año 394”.

Los creadores de las vocales, y por tanto del alfabeto completo, fueron los griegos sobre uno tomado directamente del fenicio hacia el siglo VII a.C. Con el alfabeto, cuyo remoto origen se halla en algo tan ajeno a él como los calculi mesopotámicos, la evolución de la escritura llegó a su fin.

La utilización de la escritura no obstante estaba reservada a unos pocos: en el Antiguo Egipto, el puesto de escriba era de los más codiciados pues una vez conseguido el título se podía ascender rápidamente hasta llegar incluso a ser visir o tati, el más alto cargo político después del faraón.

Los romanos tomaron hacia el siglo II dC el alfabeto de los griegos (Lex Poetelia que además amplió la ciudadanía a los restantes pueblos del imperio).

Resulta en este punto interesante comparar la época del nacimiento de los contratos reales y la incorporación (solo de algunos sectores cultos) de la escritura. Obsérvese que los contratos reales y luego por derecho de la equidad los innominados, surgieron paulatinamente durante la República llamada época clásica o Imperial ubicada entre el siglo I a.C. y IV de nuestra era cristiana; en tanto la escritura comenzó a propagarse en Roma desde los primeros siglos de nuestra era, lo cual se acompaña de la paralela evolución del soporte

de la escritura (papiros, pergaminos, papel), evolución que posibilitó la reducción de los costos y creciente y universal utilización.

Veamos¹⁶⁰:

1. *Papiro*. Uno de los rasgos característicos de la cultura egipcia, junto con la escritura jeroglífica o el arte de las pirámides, es, el uso del papiro, una planta palustre, que crecía gracias al clima y ciénagas de las márgenes del Nilo en Egipto, así como en Siria, Etiopía y Palestina. El papiro se usaba para variados fines, entre ellos como soporte de escritura. Se formaban así los rollos, en general de unas veinte hojas, llamados *tomus*, *volumina*, *chartae*. Era flexible y brillante, con tonalidad de blanco hueso, en gran variedad de calidades; se conocen diferentes tipos de época romana, pero, al parecer, los mejores eran los egipcios, de la época de los faraones Ramsés. Sobre él se escribía con un cálamo hecho del tallo del junco, cortado a bisel. Favoreció la proliferación y difusión de la escritura y, con ella, de la literatura. Se exportó a Grecia y Roma y fue el soporte máspreciado de la escritura. Puede decirse, que así surgió el libro por la copia y distribución de ejemplares, sistematización de archivos, aparición de bibliotecas y la comercialización. Por su costo no obstante, su producción fue disminuyendo, sobre todo a partir del s.III d. C. En época romana era tan cotizado que sólo algunos tenían acceso a él. Su conservación requería un cuidado especial. Los rollos se guardaban en recipientes de madera o de arcilla, para preservarlos de los insectos y se impregnaban de aceite, con lo que adquirían el tono amarillento característico. Sin embargo, la humedad y el calor eran sus enemigos fatales, por tanto de difícil conservación. Debido al deterioro e, incluso, a la evolución y mayor legibilidad de la escritura, los textos se copiaron en pergamino, desapareciendo su uso, especialmente a partir de los siglos III y IV d.C. Con todo se siguió utilizando durante la Antigüedad Tardía y Alta Edad Media, especialmente para documentos de cancillería imperial y pontificia, en las monarquías longobarda, carolingia, etc.

2. *Pergamino*. Es la piel de un animal, generalmente ternera, cabra, oveja o carnero, tratada de forma especial para conseguir este soporte de escritura. Excepcionalmente de antílope (material del código bíblico o *Codex Sinaiticus*). Se obtiene a partir de la dermis de la piel del animal que se dejaba en remojo en agua, después se le daba una lechada de cal para eliminar la epidermis, evitar que se pudriera y facilitar la eliminación del vello, y finalmente se raspaba el tejido subcutáneo y así, a base de secar y mojar la piel tensa, se producía un reordenamiento de las fibras de colágeno que daban el aspecto característico del pergamino. Según la tradición, el rey egipcio Ptolomeo Filadelfo dejó de suministrar papiro a la ciudad de Pérgamo - ciudad de Asia Menor, fundada por Filetero en el 238 a.C-, ante lo cual se desarrolló y perfeccionó en ella la fabricación de este soporte de escritura que terminó por sustituir al papiro. Según el autor latino Plinio, el rey Atalo I fundó la biblioteca que alcanzó su apogeo con el rey Eumenes II (197-158 a.C.), llegando a tener 200.000 volúmenes. Esta biblioteca competía con la de Alejandría. El primer testimonio de uso de pergamino data, con todo, 2700-2500 a.C., durante la IV dinastía egipcia. Según Herodoto y Ctesias era muy

¹⁶⁰ Revista Hispania Epigráfica. Directora: Velásquez. Isabel. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Filología. Cita la siguiente bibliografía respaldatoria: DI STEFANO MANZELLA, *Mestiere di epigrafista*, Roma, 1987; J. LEMAIRE, *Introduction a la Codicologie*, Lovaina, 1989; E. RUIZ, *Manual de codicología*, Madrid, 1988; M. ROMERO-L. RODRÍGUEZ-A. SÁNCHEZ, *Arte de leer escrituras antiguas. Paleografía de lectura*, Huelva, 1995; G.C. SUSINI, *Epigrafia romana*, Roma, 1982.

usado entre los persas. El pergamino fue el soporte por excelencia a partir de los siglos III y IV, hasta la introducción del papel por los árabes en Europa a finales del siglo VIII. Después de la difusión de éste, siguió siendo el material preferido para los códices miniados o iluminados durante mucho tiempo.

3. *Papel*. La tradición atribuye el descubrimiento del papel a Tsi Lun, un oficial del emperador chino de la dinastía Han, en el año 105 d.C. Se conservan unas cartas del 137 d.C. La invención del papel triunfó definitivamente en China, desplazando a los habituales soportes: bambú, la seda, la madera o el hueso. Este material, convertido en el soporte universal de la escritura, tardó, sin embargo, bastante tiempo en difundirse en Occidente. Al parecer los árabes lo copiaron a partir del 751 d.C., al descubrir entre los prisioneros de guerra, tras una victoria sobre los chinos cerca de Samarkanda, a algunos artesanos de la fabricación de papel. Pero hasta los siglos X y XI no empieza realmente a ser usado en Europa y, con todo, tardará en desplazar al pergamino. Sin embargo, puede decirse que la difusión del papel y su utilización masiva ha constituido uno de los avances mayores en la historia de la cultura, comparable al de la imprenta, fenómeno con el cual se encuentra íntimamente relacionado.

4. *Soporte magnético*: Con su inicio a mediados del siglo XX; la utilización de computadores u ordenadores ha instaurado la era digital con soporte electromagnético de la escritura, estadio de la expresión y comunicación que aún no ha encontrado pleno desarrollo en la legislación de los países en particular, y de la comunidad internacional en particular.-

Remarcamos la incidencia de los fenómenos socio-culturales y económicos en el Derecho y su evolución histórica, y el valor de la historiografía, que recoge de manera general a las normas jurídicas como fuentes de conocimiento histórico. Esta información sirve tangencialmente a la presente investigación pues grafica desde un ángulo más, la escasa utilización de la escritura y su incidencia en el Derecho y por tanto en la formalización documental de los contratos.

Hay plena coincidencia respecto a que las primeras inscripciones son escrituras o menciones realizadas en una lista, lámina, lápida o tablilla que contienen documentos oficiales¹⁶¹, datan de los fines del siglo VI y comienzos del siglo V a C y algunos aspectos jurídicos muy primitivos son presentados por esta vía. Sin embargo, fueron muy escasos¹⁶² Si bien el acceso a la escritura era de unos pocos, los escribas no necesariamente eran reconocidos ni social ni económicamente.

¹⁶¹ Veamos los datos que Al respecto pueden extraerse de: E. RUIZ, Manual de codicología, Madrid, 1988. M. ROMERO-L. RODRÍGUEZ-A. SÁNCHEZ, Arte de leer escrituras antiguas. Paleografía de lectura, Huelva, 1995. G.C. SUSINI, Epigrafia romana, Roma, 1982:

¹⁶² Se reconocen: *Lappis Niger*, Hebilla de Oro de Preveste, Plato de plata con inscripción fenicia, *Fasti Capitolini*, *Carmen Arvale*, *Libri lintei*, *Annales maximi*, *Comentarii*. Ver CAMACHO EVAGELISTA, FERMIN. Introducción histórica al Estudio del Derecho Romano. Granada 1980.

Por lo mismo, la enseñanza y estudio de derecho romano se dieron conforme a la todavía incipiente utilización de la escritura¹⁶³

Durante la época arcaica el Derecho era oral y primitivo, primando en su elaboración e interpretación la labor de pontífices y augures. A este consenso social se agrega el hecho particular que en Roma las leyes eran dictadas por los reyes, pero de cuya labor legislativa no queda ninguna referencia concreta, **siendo la costumbre fuente obligada y casi única durante estos años.**

Al establecerse el **ius scriptum** en el Derecho Romano, **los Pontífices ampliaron el margen de publicidad que tenía el conocimiento del Derecho.** La habilidad de enseñar el derecho estaba limitada entonces a los sacerdotes mismos, jueces o partes en litigio.

El primer plebeyo pontífice, Tiberio Coruncanio, plantea estar dispuesto a informar del derecho a todo quien le consultase. Se aprecia el trabajo de los veteres, pontífices y magistrados primeros magisterios públicos: Ius Flavionum, Ius Aelicum, Triperita Regulae de Porcio Catón y Ius Civile sobre el que Quinto Mucio Scaevola expone por primera vez el Derecho Privado como una unidad con cierto orden.- Mientras esta actividad descansó solo en los pontífices tuvo carácter obligatorio en la currícula, pero el aprendizaje por otros ciudadanos permitió que también opinaran, sin obligatoriedad pero que demostraban el interés del romano por su ley.

Así surgieron los juristas profanos. A fines del siglo III el emperador deja de otorgar el **ius respondendi** y se reserva solo para sí el derecho de resolver personalmente las consultas, por medio de **rescriptos**, eliminando la autoridad de la cual gozaban los jurisconsultos. En estos siguió descansando la obligación de desarrollar por medios científicos el derecho y crear métodos para su comprensión y conocimiento sirviendo de base para las codificaciones posclásicas. **Luego, se reformaría la enseñanza y se conservarían las escuelas más eficientes: Roma, Constantinopla y Berito.**

¹⁶³ Como una de las más antiguas, la Ley de las XII Tablas, al ser la primera forma de escritura de la ley en Roma con carácter público ya implicaba la finalidad de ser conocida por todos. Luego, esto se reafirma por la tradición que ha existido que debió haber sido aprendida por todos, incluidos los niños (repeticón memorística de las normas) posible pues las normas eran pocas

Una vez promulgado el CIC, Justiniano solo autorizó que se realizaran un limitado grupo de actividades. Las escuelas sobrevivientes desarrollaron un sistema de comentarios a la ley, entre los que se cuenta el “Índice del Pandectas”.-

La profesionalización que se ha logrado a partir de la formación docente de aquellos encargados de interpretar y estudiar las leyes en Roma, posibilitó la aparición de un nuevo oficio: la abogacía. Posteriormente, se inicia una tendencia a crear compilaciones. De ellas la mayor fue el CIC donde se incluye el ius a través del Digesto y también de la Instituta.

2) *Notemos que resulta una explicación histórica probada el hecho que la utilización escasa de la escritura, llevó al Derecho romano arcaico o primitivo antiguo o quiritario, a otorgar eficacia obligatoria a las conductas y que por ende el consensualismo se corresponda con un estadio posterior de la contratación:* durante el tiempo cultural histórico en que la escritura estuvo reservada a escribas y sacerdotes o a unos pocos que tenían acceso a esta educación, y en que el estudio del derecho estaba reservado a unos pocos, resulta explicable entender que las formalidades conductales o gestuales, linguales o resumidas anotaciones, rodearan a los actos jurídicos a efectos de hacerlos seguros, y que se otorgara fuerza vinculante al acto de entregar cosas a los efectos de su restitución.

Es de destacar igualmente que la falta de utilización de la escritura del período arcaico, generara que las normas estuvieran dadas por la costumbre, o “regidos por su propia conciencia” o lo que “tradicionalmente ha resultado aceptable”, y “luego por el vaticinio que sobre el caso concreto hayan realizado los sacerdotes”¹⁶⁴.

El tema histórico de mayor influencia positiva fue el aporte de las Escuelas de Derecho Natural y los Canonistas que han fortalecido la obligatoriedad de la palabra empeñada apelando a la responsabilidad y a la coherencia moralizando la suerte de los acuerdos, independientemente de las técnicas utilizadas para materializarla, sobre lo que dejamos reiterada constancia por aparte.

2. Desde otro punto de vista, expondremos la legislación relativa a los contratos reales: legislación nacional (a), comparada (b) y finalmente en los Proyectos argentinos de reforma o unificación civil y comercial (c).

a. CODIGO CIVIL ARGENTINO

La clasificación está consagrada en los artículos 1140, 1141 y 1142 del Código Civil. De manera específica en cada tipo contractual se refieren a ella, los arts. 2071 (renta vitalicia); 2190 (depósito); 2242 (mutuo); 2256 (comodato); 3204/5 (prenda) y 3240 (anticresis) y los concordantes.-

El 1140 distingue las especies de contratos consensuales o reales. Seguidamente define al consensual: “...Los contratos consensuales, sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre las formas de los contratos, quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento”. EL art. 1141: “los contratos reales, para producir sus efectos, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra, tradición de la cosa sobre que versare el contrato”.- Obviamente entendemos “concluido” en el sentido de “perfeccionamiento”.-

Es necesario distinguir según quedara expuesto supra, entre los *contratos de eficacia real* –o de efecto real, o transmisivos- y los *contratos reales*. Los primeros son los actos jurídicos bilaterales que producen como efecto, la constitución, transmisión o extinción de derechos reales¹⁶⁵, los segundos, aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa que constituye su objeto propio.

b. OTRAS LEGISLACIONES. TENDENCIAS

El CÓDIGO CIVIL SUIZO DE LAS OBLIGACIONES sujeta los antiguos contratos reales del derecho romano justiniano a la regla común: sostiene que estos contratos, como los demás, se forman por efecto del simple consentimiento. Los contratos tradicionalmente considerados como reales se perfeccionan cuando las partes han prestado su consentimiento; la entrega de la cosa, por consiguiente, forma parte de la fase ejecutiva y no ya del periodo formativo del contrato. Además, mientras en los contratos de mutuo, depósito, comodato y prenda, contruidos según el sistema tradicional la obligación de restituir la cosa surge apenas

¹⁶⁴ Camacho Evangelista, op cit

¹⁶⁵ (López de Zavalía –op.cit.pág 94-, Bueres –op.cit.pág 119-)

el contrato se forma, dicha obligación según el Código suizo, solo es posible cuando, en ejecución del contrato, la cosa haya sido entregada. Es seguido por el CÓDIGO CIVIL MEJICANO (1928), y es uno de los pocos códigos americanos que configura los tradicionales contratos reales como consensuales. El CODIGO DE NICARAGUA regula todos los contratos como categorías consensuales (1648:mutuo, 1728: comodato; 1814, depósito). El CÓDIGO DE PERÚ, en igual sentido adhiere al consensualismo (1648:mutuo, 1728: comodato, 1814: depósito, 1923: renta vitalicia) Los demás Códigos latino-americanos son fieles a la tradición.

El CÓDIGO CIVIL RUSO perfilaba el mutuo como contrato real en su artículo 208. (mutuante) transmite” “y el mutuuario se obliga”, pero en los artículos 218 y 219 regula el contrato preliminar (de carácter consensual), un futuro contrato de mutuo. La prenda, configurada como ius in re, nace, desde el momento de la entrega o de la individualización y prescinde de dictar normas sobre el comodato por considerarlo desplazado por el arrendamiento.

En el NUOVO CODICE CIVILE italiano, menciona la entrega en las respectivas definiciones, inclinándose así ante el peso de la tradición y de esa corriente doctrinal. El artículo 1.822, en la interpretación más corriente regula la promesa de mutuo, contrapuesta a la figura típica del mutuo real definido por el artículo 1.813. El depósito se rige por el artículo 1.766, y el artículo 2.786, se refiere a la prenda. Finalmente, también se configuran como reales el contrato estimatorio (art. 1.556) y el contrato de doble o report (art. 1.548), que emplea textualmente la palabra “entrega”.-

El DERECHO ALEMÁN receptó la categoría, sólo controvertida para el comodato y el depósito (607, 610, 598, 688).- Idem el CODIGO PORTUGUÉS de 1967 (prenda, mutuo, comodato y depósito: 1142, 1129, 1185).

Han aceptado igualmente la clasificación los Códigos brasileño (1248, 1256, 1265), venezolano (1724, 1735, 1749, 1751, 1781 y 1837), uruguayo (2171 y 2190), colombiano (2200, 2221, 2222, 2236, 2237, 2240 y 2273) y ecuatoriano (2197, 2219, 2220, 2235, 2236, 2239, 2273, 2403 y 2404).-

c. PROYECTOS DE REFORMA:

Hasta el Proyecto de Ley de Unificación de la legislación Civil y Comercial de la Nación de 1987, e incluso este último, las proyectadas reformas a la legislación civil, no suprimieron la categoría de los contratos reales.

Este último mencionado (1987)¹⁶⁶, define el depósito en el art 2216 como el contrato por el cual una parte recibe de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla. Se presume oneroso. El 2244 por su parte se refiere al mutuo como el contrato por el que una parte entrega a otra dinero o cosas fungibles y ésta se obliga a restituir la misma cantidad de cosas de igual especie. También se presume oneroso. EN cuanto a la promesa aceptada, no confiere acción para exigir el cumplimiento específico pero el promitente es responsable por los daños resultantes de su incumplimiento.- En el art. 3231, se estatuye para la prenda de créditos, que sólo quedará constituida cuando el constituyente entregue al acreedor el documento.

Posteriormente, en 1993, otras dos iniciativas legislativas de unificación de diferente génesis, concretaron sendos Proyectos. Una de ellas,. la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación (que obtuviera la sanción de esa misma Cámara el 3/2/93)¹⁶⁷, sustituyó el texto del art 1141 por el siguiente: “Los contratos son consensuales sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre la forma, Quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde el momento en que las partes han manifestado recíprocamente su asentimiento”. En el informe de presentación, se dice que “a pesar de que en nuestra actual legislación la entrega de la cosa sea un elemento esencial general relativo, que dicha solución normativa no tiene significado científico (ni pragmático). Esto nos mueve a sugerir un cambio en el derecho positivo, destinado a suprimir e requisito de la *datio rei*, verdadera quinta rueda del derecho... ” El 1140 establece que los contratos son consensuales, estimándose que la *res* no es fundamento de la obligación de restituir ni es una forma, ni se relaciona con la causa fuente, con la causa fin o con la causa de la atribución, así como que tampoco es requisito de eficacia o cualidad,

¹⁶⁶ Proyecto iniciado en la Cámara de Diputados que Comisionó a un grupo de juristas al efecto: Héctor Alegría, A Alterini, J.H.Alterini, M.C.Araya, F.A. dela Vega, H.P.Fargosi, S. Le Pera, A.I.Piaggi. EL Senado por su parte comisionó a L.Moisset de Espanés, J.L.García Castrillón, F.J.López de Zavalía, L.Niel Puig, J.C.Palmero, J.F.Ravignani, J.D.Ray, A.M.Rodríguez Saa, M.C.Russomano, C.Suarez Anzorena,E.C.Wayar, E.A.Zannoni. AZ Editora 1988 o Abeledo Perrot 1987.

¹⁶⁷ Integrada por H. Alegría, JH Alterini, MC Araya, María Artieda, AM Azpeitia, EC Banchio, AJ BUeres, O Camisar, MM Córdoba, RManóvil, L Moisset de Espanés, J Mosset Iturraspe, JC Palmero, AI Piaggi, EH Richard, NE Solari, FA Trigo y Represas, EC Wayar.- Abeledo Perrot. 1994.-

careciendo por tanto la entrega de la cosa, de toda significación jurídica, no tiene explicación alguna y sólo se mantiene en los códigos por el peso de una tradición que hoy perdió sus bases (extracto).

El otro Proyecto de 1993, surge por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional, mediante Decreto 468/92, cuyo texto fuese publicado en el diario de Asuntos Entrados del Congreso, el 13/8/93, cuya Comisión¹⁶⁸ sustituye –en tanto no es un Proyecto solo de reformas tendientes a la unificación sino un Proyecto de nuevo Código-, la definición de contratos por una de mayor amplitud: “acto jurídico mediante el cual dos o mas partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”, aggiornando la teoría clásica de la autonomía de la voluntad del 1197, por la regulación de las “condiciones generales del contrato” como cláusulas predisuestas por una parte para ser utilizadas en futuros contratos particulares; contrato por adhesión (contrato predisuesto en que la parte no predisponerte es precisada a declarar su aceptación -CC peruano de 1984, Québec de 1992, Proyecto de 1987 y los dos de 1993).- Asimismo legisla la punktation (como el contrato concluido parcialmente sobre cláusulas acerca de las que hay acuerdo y en tanto la aceptación no introduce en la oferta modificaciones que la alteren sustancialmente); cartas de intención (instrumento mediante los cuales una o todas las partes prestan su asentimiento para negocios sobre ciertas bases de un futuro contrato, de interpretación restrictiva, y que solo equivalen a la oferta si contiene sus requisitos, y solo respondiendo en caso contrario, por el interés negativo. Se asume la idea de la consensualidad (los contratos se concluyen para producir sus efectos propios desde la manifestación del consentimiento, salvo en los casos en que es preciso cumplir alguna formalidad solemne). En su art 210 determina la consensualidad del depósito, el 220 la del mutuo. El mutuante además solo puede eximirse de la obligación de entregar lo comprometido, si el cambio de situación patrimonial del mutuario hace incierta la restitución de lo prestado; que además se presume oneroso. El 221 estatuye que el comodato es consensual con igual criterio hasta ahora que el proyecto de Diputados de 1993. No regula el contrato de prenda y anticresis¹⁶⁹

Finalmente, el último Proyecto corresponde a la Comisión Honoraria¹⁷⁰ designada por Decreto del PEN N°685/95, que propuso una **reforma amplia del contrato** definido como

¹⁶⁸ A. Belluscio, S.D. Bergel, A.R.K. de Carlucci, S. Le Pera, J.C.Rivera, F.Videla Escalada, E.A.Zannoni.

¹⁶⁹ Abeledo Perrot. 1999.

¹⁷⁰ H Alegría, AA Alterini, JH Alterini, J Mendez Costas, JC Rivera.-

acto jurídico mediante el cual dos o mas partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales que en el art 900 se concreta textualmente: "Los contratos quedan concluidos para producir sus efectos propios desde la manifestación del consentimiento, salvo los casos en que es preciso cumplir alguna formalidad solemne (disposición aplaudida por la Academia Nacional del Notariado, en la persona del Dr Carlos Marcelo D'Alessio). Respecto al tema de la causa, el art 952 remite a las disposiciones del Libro Segundo, Título IV, Cap II Sección Tercera y concluye: "Las disposiciones relativas a la finalidad se refieren a la causa"

3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA: A. Negocio Jurídico. Contrato. Obligaciones. Diversos grados de abstracción de una misma realidad jurídica. Elementos. Elementos como índice de tipo contractual. B. Consentimiento, Forma y Causa en relación a las obligaciones contractuales y C. Pacto Comisorio. Aplicación de la exceptio non adimpleti contractus. Acción por incumplimiento. D. Especial referencia respecto a los contratos reales

A. Negocio Jurídico. Contrato. Obligaciones. Diversos grados de abstracción de una misma realidad jurídica. Elementos como índice de tipo contractual. +

Partimos para explicarnos del supuesto de hecho en que A vende su automóvil a B recibiendo en contraprestación la suma de Dólares Treinta mil.

Nuestros interrogantes al respecto son:

- a) Estamos ante un negocio o acto jurídico (acto humano voluntario y lícito que tiene por finalidad directa generar efectos jurídicos) o es un simple acto humano lícito?
- b) Dentro del género acto o negocio jurídico, estamos ante un contrato como especie?
- c) Cuáles son los elementos del acto, cuáles los del contrato y cuáles los de las obligaciones?
- d) Dentro del contrato, podemos decir que los elementos son índices o indicios de los distintos tipos contractuales?

En efecto, partiremos de la doctrinaria mayoritaria actual en tener por elementos de las obligaciones a los sujetos, objeto, prestación y causa. Si pensáramos que los elementos de los contratos son el consentimiento (de los sujetos), objeto y causa, deviene obvia la identidad de los mismos. Creemos que es pedagógicamente conveniente –con sustrato científico, lógico y

real-, reservar al contrato, los elementos FORMA –como expresión del consentimiento- y CONTENIDO como exclusivos del mismo, tomando como PRESUPUESTOS capacidad del sujeto y su legitimación, e idoneidad del objeto¹⁷¹.

Observemos lo que el Dr López de Zavalía dice respecto a lo estructural y lo substancial: “Si con la palabra “contrato” designamos al quehacer humano, al acto mismo de contratar, deberemos agregar como elemento psicológico a la voluntad, esto es, al lado interno del consentimiento. Bajo este último punto de vista podemos clasificar a los elementos del contrato en estructurales o formales y sustanciales¹⁷²”, teniendo por estructurales a la voluntad y a la forma, y sustanciales al contenido. Es decir que para el autor los elementos estructurales del contrato se integrarían por el lado interno de la voluntad –consentimiento- y el lado externo o declaración -o forma.-

Por nuestra parte pensamos que la realidad negocial es una sola, y se compone de sujetos que se vinculan, en pos de un objeto que constituye su interés, y en razón de una causa.

Ahora bien: esos mismos elementos que son visibles en la obligación en que tenemos perfectamente delimitados a los sujetos, objetos y causa de las prestaciones, pueden anteriormente analizarse ya en el acto jurídico y luego en el contrato, o, dicho de otro modo, el consentimiento, objeto y la causa son elementos propios del negocio jurídico vistos desde un punto de vista diríamos anterior o más lejano y que luego se configuran visiblemente en las cláusulas del contrato a través del que se materializan con una forma y contenido determinados, que finalmente habrán de materializarse en las obligaciones emergentes del mismo, en un vínculo por el que uno de los sujetos o cada uno de ellos, habrá de desplegar la conducta a que puede constreñirlo el acreedor.

Adelantamos igualmente que entendemos que el consentimiento es causa fuente del contrato, de allí que nos convencen quienes lo ubican como presupuesto y no como elemento propio.

Del mismo modo, sobre la base del contrato y obligación, que necesitan distinguirse aunque en las conductas concretas se confundan, conviene especificar los EFECTOS en uno y otro caso¹⁷³ que fundan la confusión.

En tal punto, seguimos a autores que basan la distinción en que el contrato es ley especial y objetiva para las partes de donde tal sería su efecto propio en tanto que el efecto se

¹⁷¹ En prieta síntesis la posición del Dr López de Zavalía, op cit, pág 72/4.-

¹⁷² Sigue a Messineo, F: Doctrina general del contrato”, I, pág 73.-

¹⁷³ Infra se distinguirán también in extenso, la causa fuente y fin de ambas.

subjetiviza en relación a la ejecución de la prestación en tanto crédito o deuda¹⁷⁴ consagrando como efecto de las obligaciones los derechos subjetivos que genera.

Veamos un ejemplo: si Pablo realiza un contrato en virtud del que transfiere la propiedad de su auto sin recibir contraprestación alguna o por el que recibe como contraprestación un precio de U\$S 30.000, el contrato de compraventa tiene por efecto la transferencia de la propiedad del auto dominio UXQ 000 con la contraprestación respectiva y el efecto obligatorio es, por cada prestación el mismo. De la obligación de transmitir la propiedad el efecto es idéntico a la obligación correspondiente y lo mismo respecto a la obligación de entregar la suma dineraria en moneda extranjera. Dónde está entonces la diferenciación?

Wayar –quien sigue a López de Zavalía- explica que el efecto del contrato es crear Derecho Objetivo¹⁷⁵, en tanto las obligaciones generan Derecho/s Subjetivo/s.

Agregamos modestamente que la realidad es la misma, es el grado de abstracción del estudio el que difiere: el contrato genera ley particular del caso, y las obligaciones las conductas concretas debidas en razón del vínculo adquirido.

¿Y el negocio jurídico? Es el género que comprende al contrato como especie ya que abarca todos los actos humanos voluntarios y lícitos. De esta manera, es una noción anterior, más amplia, pues al ser el acto jurídico un acto voluntario cuya finalidad inmediata es la producción de efectos jurídicos, abarca además de los contratos, a actos unilaterales vg que se caracterizan por su determinación voluntaria y directa a un fin lícito y jurídico, tal el testamento por ejemplo, la discutida gestión de negocios, la apropiación del animal cazado por ejemplo¹⁷⁶.

Esta última terminología, generada en los autores alemanes¹⁷⁷, fruto de la estructuración del BGB que contiene una parte general que trata el hecho y acto jurídico, valorada e incorporada por los autores italianos, ha sido sin embargo ignorada por los Códigos francés y español si bien no por sus doctrinarios. Nuestro Codificador incluye la regulación autónoma y genérica

¹⁷⁴ Cfr Wayar...”Obligaciones”, I, pág 198.

¹⁷⁵ López de Zavalía, contratos, I; pág 23 a 26.

¹⁷⁶ Recordemos que los hechos jurídicos se dividen en naturales y humanos, y dentro de éstos últimos distinguimos a los ilícitos de los lícitos y entre éstos, a los simples actos lícitos de los actos o negocios jurídicos.

¹⁷⁷ Su primigenio empleo se atribuye a Hugo.

del “hecho y acto jurídico” en el libro segundo título segundo. El uso de una particular terminología se justifica en nuestro cuerpo de leyes, por la diversidad de fuentes por él consultada¹⁷⁸.-

La categorización de los actos o negocios jurídicos resulta inescindible de este estudio por cuanto, importa el esclarecimiento del concepto o naturaleza jurídica del pago, del contrato, de la forma como elemento y de la causa, significados que determinan la esencia de la entrega de la cosa y nuestra concepción de la necesidad de derogar la categoría de los contratos reales.

En este punto particular resulta sumamente esclarecedor el orden y rigor lógico partiendo de la teoría del Negocio Jurídico a los fines de la determinación conceptual de los requisitos de los contratos y de la necesidad de la entrega como elemento o requisito constitutivo y esencial que determina la supervivencia de los contratos reales. Nos explicaremos.-

Siguiendo el enjundioso análisis del Dr Compagnucci de Caso¹⁷⁹, algunos autores distinguen los actos jurídicos de los negocios jurídicos. Sólo los últimos tienen por finalidad inmediata la creación, modificación, transmisión y extinción de derechos, en tanto los simples o meros actos lícitos –como la otra especie del mismo género– sólo persiguen una finalidad socio – económica, a los que es la ley la que asigna consecuencias jurídicas. Pueden distinguirse entre los últimos (simples actos): 1) los de mera exteriorización de la voluntad (vg interpelación al deudor), 2) de ciencia (notificación al deudor cedido) y 3) de sentimiento (perdón del cónyuge ofendido).- Para este jurista, el distingo que la doctrina actual hace entre actos jurídicos y negocios jurídicos, “es extraña a nuestra normativa jurídica”¹⁸⁰, ya que si bien el 944 CC se refiere a los negocios jurídicos y del 899 CC surgen los meros actos lícitos, aunque “no se aclara cuándo estos actos interesan al derecho o resultan sin trascendencia jurídica”. Además discrepa en cuanto a que los “simples actos lícitos” son “actos jurídicos con consecuencias jurídicas “mediatas”, pues “si los actos voluntarios lícitos no son aprehendidos por la ley no interesan al derecho”¹⁸¹.-

Así el 896 CC define a los hechos jurídicos, el artículo siguiente se refiere a los hechos voluntarios, el 898 CC a la licitud de los actos, o actos conformes con el ordenamiento

¹⁷⁸ Compagnucci de Caso Rubén H: “El negocio jurídico”, ed Astrea. 1992.

¹⁷⁹ Compagnucci de Caso, R H: “El Negocio”... pág 38 y sgtes.

¹⁸⁰ Compagnucci de Caso, R H : “El Negocio”... pág 10

¹⁸¹ Compagnucci de Caso, op cit , pág 41.-

objetivo¹⁸² y el art 899CC referido a los simples actos lícitos.- En esta postura, el acto jurídico es género del que los simples actos lícitos y los negocios jurídicos, son especies por cuanto rescatan el concepto de acto debido en que la autonomía y voluntariedad del acto se circunscriben a una prestación anticipadamente prometida.

Otros autores agrupan a los simples actos lícitos con los actos o negocios jurídicos y los distinguen de los actos reales¹⁸³ o colocan a éstos últimos dentro de los simples actos lícitos.- Esta última categorización es utilizada por la doctrina para explicar por ejemplo a la tradición como acto de entrega consentida por el tradens y sujeta a aceptación por el accipiens como acto distinto del contrato, lo que obviamente aplaudimos con entusiasmo.-

Finalmente destaca Llambías¹⁸⁴ que la doctrina europea identifica a los negocios y actos jurídicos. Ello resulta de la disímil terminología. En alemania e Italia, la categoría de negocios jurídicos se asimila a la noción de nuestro acto jurídico. Su criterio de distinción es en atención a la voluntariedad, a partir de la cual clasifican a los negocios según esa voluntad interna o externa, actos psíquicos o materiales; debidos, forzados o ejecutivos, soluciones acordes a la denominación que adoptaron o derivada de la terminología legislativa propia¹⁸⁵. Todo ello determina que dentro de la categoría de negocio jurídico y por virtud de ser una noción abarcativa de todas las especies, permita distinguir dentro de ese género, a los actos materiales, ejecutivos, extintivos, debidos, etc, que en nuestro caso resultan todas del art 898 y 899 CC.

¹⁸² Mientras algunos autores identifican ilicitud y antijurisdicción, para otros el último término comprende además la lesión a un contrato, a principios superiores, atentados a las buenas costumbres, etc, determinándola como género. Compagnucci de Caso, R H: "Dos elementos de la responsabilidad civil: antijurisdicción y culpa": Revista Notarial N°845, pág 970.

¹⁸³ Corresponde a la Doctrina alemana e italiana.-

¹⁸⁴ Llambías, JJ: "Tratado de Derecho Civil, Pte gral, pág 275. Cita a Savigny, Windscheid, Scialoja, De Ruggiero. La ventaja de la identificación es que reserva el nombre de acto jurídico a los simples actos lícitos, que entre nosotros no tiene denominación específica.- Von Thur distingue las "operaciones jurídicas" como manifestaciones que procuran un efecto material y que sólo si lo alcanza provoca el efecto jurídico, en que se engloban por ejemplo, la gestión de negocios. Compatibiliza con Savigny, que negaba la calificación de acto jurídico a la gestión de negocios.

¹⁸⁵ Véanse los capítulos correspondientes a la clasificación de hechos jurídicos y actos humanos en Cariotta Ferrara (meros actos jurídicos, manifestaciones de voluntad dirigidas a un fin jurídico o práctico y actos jurídicos en sentido estricto o declaraciones dirigidas a otros), Carnelutti (negocios jurídicos -implican en ejercicio de un derecho subjetivo-, resolución =ejercicio de un poder-, actos debidos - cumplimiento de un deber- y actos ilícitos -violación de un deber-) Betti (actos que disponen la tutela jurídica protegido relevantes para el derecho -resoluciones y negocios jurídicos- actos que actúan la tutela proveyendo a su satisfacción -acto debido, forzados y ejecutivos)-.-

Empero, difiere la doctrina alemana radicalmente al receptar la categoría de “actos reales abstractos” que se inscriben como tales en el Registro de la Propiedad Inmueble, sin consideración al título causal.

Evidentemente en tal caso el modo traditivo opera la transmisión o modificación del derecho real, por lo que interesa que se justifique como acto o negocio jurídico, pues han de tener o contener todos los requisitos de capacidad y voluntariedad propios de un acto jurídico. Ello se complementa y engarza con la teoría de la atribución patrimonial propia de tal dogmática que enfoca el desplazamiento en consideración al efecto e independizado de la causa.-

Resultan cuestiones de importancia relativas al tema, la consideraron acerca del papel de la autonomía de la voluntad, y la finalidad o causa fin en los negocios jurídicos.

También de la doctrina alemana e italiana extraemos la noción de *tabbestand* o *fattiespecie* que connotan claramente que los hechos fácticos que la norma transforma en jurídicos, asignándoles efectos de derecho.

El papel de la autonomía de la voluntad, analizado en profundidad por la doctrina extranjera mas cualificada¹⁸⁶, ha presentado como cuestión previa la consideración de su alcance verdadero. Por un lado su papel frente a la norma –absoluto o condicionada a los preceptos de la ley-, y por otro, su función –práctica, económica, social o jurídica y sus combinaciones.- Respecto al primer tema, hay quienes la ubican como elemento esencial del negocio jurídico y otros que la circunscriben a los límites de la función a la que la ley le atribuye valor por los motivos que suficientemente se exponen¹⁸⁷. Cifuentes¹⁸⁸ lo expone sintetizando que ante “el problema de si la voluntad individual es la que debe ser respetada, cuando se trata de la regulación de los intereses particulares o si por el contrario, éstos deben quedar subordinados a la reglamentación impuesta por los poderes públicos, nuestra civilización, dentro de ciertos límites, se vuelca por la primera solución”.-

En cuanto a lo segundo, esto es, la naturaleza de la función a que atiende la ley, diremos que es un tema tangencial a la causa fin, que Cariotta Ferrara¹⁸⁹ ahonda bajo el problema de la “dirección de la voluntad” y resulta paralelo al punto anterior de los alcances de la autonomía de la voluntad, pues, dado que la finalidad es un ingrediente de la voluntad, intelección o

¹⁸⁶ Para mayor abundamiento del tema Betti, Cariotta Ferrara`op cit, pág 60 y sgtes.-

¹⁸⁷ Betti, Emilio, se inclina por la posición normativa. En contra Stolfi, para quien “con la teoría preceptiva, el negocio pierde importancia”, cfr. Cifuentes, op cit, pág 123 y sgtes.

¹⁸⁸ Cifuentes, op cit, pág 123

¹⁸⁹ Cariotta Ferrara, L: “EL Negocio...” , pág 49 y sgtes

consentimiento; tendrá los mismos límites que la autonomía de la voluntad. Por tanto, para quienes la autonomía se delimita por la ley, la causa fin se restringe a la finalidad económico-social que la ley reconoce.- En otra concepción, dicha causa se integra con los motivos psicológicos o personales –interés práctico- que son a los que se da verdadero relieve¹⁹⁰.- En una concepción intermedia, a que adherimos, la voluntad expresada por las partes es ley objetiva, aunque ese efecto está dado por reconocimiento expreso que el art 1197 le da el propio ordenamiento, por lo que a la función que ejerce dicha voluntad, se ha dado en llamar “práctico-jurídica”.- El autor de nota, en una posición de gran originalidad y profundidad, explica que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por los principios de responsabilidad y confianza (lo primero obliga al autor de la declaración a no emitirla viciada y el segundo afecta a los que aceptan de mala fe o conociendo una declaración inválida).

EN este estado de la cuestión, diremos que la terminología no siempre es clara y coincidente y que definir la entrega como acto real, no supone caracterizarla como pago o acto debido, ni oponer acto real o material a los contratos como actos declarativos. Larenz¹⁹¹, en posición que nos resulta complementaria y ejemplificadora, aclara que además de las declaraciones, a veces la ley exige el cumplimiento de otros actos, denominados “actos de ejecución ulterior”. Coherentemente con ello, define al negocio jurídico como el “acto o pluralidad de actos entre sí relacionados, ya sea de una o de varias personas, cuyo fin es producir un efecto jurídico en el ámbito del Derecho Privado, esto es, una modificación en las relaciones jurídicas entre particulares”¹⁹². Define a la tradición como un acto real, pues no es un acto de “declaración de la voluntad”, y que complementa otros actos pues es “ejecutivo”¹⁹³. De allí, en el caso de la compraventa de inmuebles, en que para transmitir el derecho real de dominio, además del convenio instrumentado formalmente (art 1184 inc 1º) se requiere la tradición (art. 577 CC) y la inscripción correspondiente al 2505 y ley 17801.-

Algunos autores, no obstante admitir que la tradición es acto real, ejecución y pago, no dan al pago carácter de acto debido, por oposición al negocio jurídico que es acto nacido y en que campea la autonomía de la voluntad. De allí que si bien coinciden que la tradición es acto

¹⁹⁰ Cariotta Ferrara, op cit, pág 50 por la función práctica o empírica; cita por la tesis preceptiva a: Scialoja, Ferrara, Messineo. Betti, por la función práctica económico social, a pesar de su posición preceptiva.

¹⁹¹ Larenz, K: “Derecho Civil. Parte General. Pág 423.-

¹⁹² Larenz, op cit, pág 421.

¹⁹³ Explica el autor que el Derecho alemán exige además en algunas ocasiones la intervención de un agente de Registro u otro funcionario como “requisito anexo de validez”. Para este autor, no toda actuación importa declaración. En contra Ennecerus, Lehmann

real, dan a éste el carácter de “contrato”.- Por ello a pesar de todo lo expuesto, el autor de nota, explica que la tradición es un negocio jurídico real pero luego agrega que “para el cumplimiento del contrato obligatorio precisa de un segundo contrato, que es cabalmente el acuerdo real”... y que el “hecho de que en la práctica del tráfico jurídico ambos contratos se refundan en uno solo no debe impedir que los fines de la configuración jurídica, del proceso en cuestión, se distingan uno de otro... El contrato de compraventa establece el fundamento jurídico de la prestación llevada a cabo... el pago mismo es jurídicamente otro negocio, a saber: un negocio jurídico real de disposición”¹⁹⁴, cuando en realidad para nosotros, es un negocio de ejecución y extinción.- Para nosotros, la entrega de la cosa es acto real –negocio jurídico no contractual puesto que el contrato genera efectos obligatorios- y es pago. Lo veremos con amplitud.-

Cabe investigar además, la diferencia eventual entre causa fin, atribución patrimonial, función económico-social del contrato, contratos abstractos. Otro tema al que abocaremos nuestro esfuerzo es la cuestión del error, falsedad e ilicitud de causa y objeto como elementos del acto jurídico.-

En punto a la entrega de los contratos reales, creemos que el acto de entregar expresa la voluntad del autor al modo de consentimiento tácito, entrega que por tanto es fuente de la contraprestación de restituir la cosa –y cada prestación tiene por finalidad la contraprestación- y ambas obligaciones integran la causa fin del acto o negocio jurídico definida por la finalidad práctico-jurídica del contrato.

Por todo lo expuesto diremos:

- 1) Elementos de las obligaciones: sujetos, objeto, prestación y vínculo. La causa puede “observarse” en la obligación, aunque es elemento propio del acto jurídico.
- 2) Elementos del contrato: Forma y contenido. La causa puede observarse en él, como función del acuerdo (práctica, económico-social y jurídica).- Involucra necesariamente en tanto presupuestos, el análisis de la idoneidad del objeto, capacidad y legitimación de los sujetos, así como las circunstancias.-
- 3) Elementos propios del acto o negocio jurídico: causa y declaración de voluntad referida al objeto. Dicha declaración de voluntad se analiza en tanto condición de validez del acto jurídico, desnuda de forma concreta que en cambio es propia del análisis del contrato.

¹⁹⁴ Larenz, K: “Derecho de Obligaciones”, t 1, pág 56/7.-

Seguimos en esto con poco matiz, la autorizada opinión de Manuel Albaladejo, quien fehacientemente sostiene que el único elemento –propio– del negocio jurídico es la declaración de voluntad, y la causa su meta¹⁹⁵. En igual línea Stolfi, quien suprime a la forma en tanto elemento del acto, por ser una característica del consentimiento¹⁹⁶. Nos aporta luz Messineo, quien estima que el sujeto y objeto no son elementos del negocio, sino términos de referencia, o coeficientes de la relación jurídica¹⁹⁷. En exacta dirección Santoro Passarelli¹⁹⁸. Distinguimos la “declaración de voluntad” –requisito del negocio– del consentimiento –causa fuente del contrato.– Creemos que podríamos aceptar que el consentimiento es la declaración de voluntad propia de los negocios jurídicos-contrato. López de Zavalía¹⁹⁹, explica en un apartado de no poca profundidad, que desde otro punto de vista, los elementos del contrato importarían agregar el lado interno del consentimiento entre sus elementos que junto a la forma llama “estructurales”, en tanto el contenido es elemento “sustancial”– Creemos que el consentimiento es anterior al contrato y puede incluirse entre los elementos del negocio jurídico.

Conclusiones:

La atribución y ordenación de los elementos del negocio o acto jurídico, contrato y obligaciones, tiene fundamental incidencia en relación a la determinación de los distintos tipos contractuales y por tanto es preciso deslindar los elementos en los tres “momentos” o niveles de abstracción: acto-contrato-obligación.

El Dr Compagnucci de Caso²⁰⁰ sostiene estos postulados cuando, refiriéndose al objeto del negocio jurídico, dice: “Ha resultado muy dificultoso a la doctrina circunscribir y señalar en qué consiste el objeto del negocio jurídico. En todo esto se entremezclan el objeto de la obligación, con el de los contratos y con el de los actos jurídicos. A ello se suma la metodología adoptada por los diferentes Códigos y la diversidad de enfoque dada a esta debatida cuestión”²⁰¹

¹⁹⁵ Albaladejo, Manuel: “Derecho Civil”. I, vol.2, pág 142

¹⁹⁶ Stolfi: “Teoría del Negocio Jurídico”, pág 17/8

¹⁹⁷ Messineo, F: “Manual de Derecho Civil y Comercial”, trad. S Sentís Melendo.Ejea. Bs As. 1954.

¹⁹⁸ Santoro Passarelli, F: “Doctrina Gral de Derecho Civil”, trad. Luna-Serrano. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1964.

¹⁹⁹ Op cit, t 1 (Pte Gral), pág 73.-

²⁰⁰ Compagnucci de Caso, Rubén H: “El Objeto del negocio jurídico”, LL, T 1991-A, Sección Doctrina

²⁰¹ Ver infra diferencia entre objeto y causa. Falsedad, ilicitud, error.

A modo ilustrativo e introductorio de la idea que queremos desarrollar transcribimos algunos pensamientos del Dr Vallespínos²⁰² que funda en parte nuestro razonamiento: *“La obligación como figura general y abstracta, que puede derivar de diversas fuentes, no alcanza por sí sola a poner en evidencia su plenitud y cuando se la presenta aislada de la fuente. Por el contrario, requiere necesariamente ser integrada con ésta, sobre todo en materia contractual. EL examen de los remedios contra el incumplimiento comprende frecuentemente los que son propios del contrato, como la excepción de incumplimiento, el pacto comisorio, que llevan a formular un cuadro que supera...la mera referencia abstracta de la obligación desentendida de su fuente”. “La obligación es una relación a través de la cual se realiza en programa contractual”²⁰³”. Finalmente agrega: “Cumplir con las obligaciones contractuales significa ejecutar el contrato...La división tiene un sentido más didáctico y metodológico que funcional”.-*

Recordando la clasificación de los hechos diremos que los tales pueden ser jurídicos o no, dependiendo si producen efectos de esta índole. Posteriormente los hechos jurídicos pueden ser actos humanos o naturales.

Dentro de los humanos hemos de distinguir los voluntarios de los que no lo son y entre los primeros los que son meros actos lícitos de los que tienen por fin inmediato la producción de efectos jurídicos llamados negocios o actos jurídicos propiamente dichos.

Dentro de este esquema, los contratos se corresponden con la categoría de los actos o negocios jurídicos bilaterales y entre vivos que producen efectos obligatorios²⁰⁴.

B. CONSENTIMIENTO y CAUSA como elementos del acto jurídico. FORMA como elemento del contrato.

1.- La causa: CAUSA FUENTE MATERIAL Y FORMAL O CAUSA FORMAL CONSTITUTIVA Y PROBATORIA.- FINALIDAD.

La Doctrina ha analizado la naturaleza jurídica de la datio, explicando las posiciones de

²⁰² Vallespínos C. G. Y Pizarro R. D: “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”. Hammurabi. 2º Reimpresión. 2006. pág 158 y sgtes.

²⁰³ Cita a Bianca (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. Milán: Giuffrè, 1994)-

quienes la entienden como consentimiento, forma o causa del contrato y es por esto que se hace imprescindible revisar estos elementos de las relaciones jurídicas o del contrato o presupuestos de éste último. En el análisis de cada elemento, iremos delineando las explicaciones, fundamentos y críticas a cada línea doctrinal.-

1. a) El problema de la causa:

Adherimos al Dr Compagnucci de Caso quien predetermina, para esclarecimiento del tema, las varias acepciones del vocablo causa: como elemento de las obligaciones, del contrato, del negocio jurídico, causalidad normativa en la Teoría General del Derecho (referida al efecto tipológico normativo), causa fuente y eficiente²⁰⁵.

A su vez otro artículo el mismo autor distingue la causalidad física de la jurídica²⁰⁶: una omisión provoca o es causa de efectos jurídicos, en tanto “un no acontecer” nunca puede ser causa de un efecto físico, así también la ley puede atribuir un efecto jurídico a una declaración de voluntad –incluso la voluntad declarada a través de una conducta omisiva como es el silencio, completamente irrelevante desde la causalidad física. El tema de la capacidad es por su parte, completamente ajeno a la causalidad física.

Sobre la base de este último uso, propio de la filosofía²⁰⁷, incorporado por el derecho (causa origen), aparece esencial la distinción entre la causa física y causalidad jurídica. En punto a sus efectos, la noción es la misma, se identifica por cuanto la idea de génesis u origen es la misma. Además, la causalidad física constituye un presupuesto de la responsabilidad civil, en tanto a si la velocidad del proyectil por ejemplo, se juzga suficiente para lesionar o matar a la víctima. No obstante, la causalidad jurídica tiene mayor amplitud o foco de acción. Así, el consentimiento como causa o elemento esencial y fundante del contrato o acto jurídico,

²⁰⁴ LLambías, Tratado de Derecho. Obligaciones, N°1807

²⁰⁵ Compagnucci de Caso, Rubén H.: “Manual de Obligaciones”. Astrea. Bs As. 1997.-

²⁰⁶ Compagnucci de Caso...”El Negocio”...pág 18 y sgte. “los hechos negativos son a los que el derecho califica como un ‘no suceder’, desde ya y siempre que ello implique que esa abstención fáctica tenga consecuencias jurídicas”, tal el caso referido por Von Thur de la prescripción que se funda en una inactividad.- La carga probatoria procesal de los hechos negativos se produce por la vía de la prueba de los hechos positivos.-

excede al estudio de la física, por cuanto la conducta es objeto de estudio material y propio de derecho, realidad invisible a la primer disciplina. La física puede indagar si el peso de la masa era apto para romper una vidriera, pero no llega a entender si el consentimiento del demente es apto para obligarlo válidamente.- Por ello, si en lo físico, la evaporación del agua en conjunción con otros factores, produce precipitaciones de manera inexorable; el hábitat de pobreza no necesariamente genera delincuencia.

Hablar de la causa es un tema en que la terminología a emplear constituye un a priori de la cuestión puesto que existe un disímil empleo del vocablo.

Nada mejor para clarificar el asunto, que la clasificación Aristotélico-tomista:

- causa fuente
- causa fin –objetiva o final y subjetiva u ocasional²⁰⁸-,
- causa material
- causa formal y
- causa ejemplar

Causa fuente es lo que da origen, o la génesis de algo (el granizo que destruye la cosecha, la caída de un árbol que rompe los vidrios de una casa). Llamamos a ésta, causalidad FÍSICA. Esta causa eficiente, llevada al mundo conductal del deber ser –esto es, al derecho- se traduce como causa fuente o eficiente en el autor del acto (emisor de la voluntad o autor del ilícito).-

La causa material es en la causalidad natural, la materia de las cosas, en tanto en la esfera de la conducta debida, equivale al contenido del acto.-

La causa formal es lo que determina la materia (mesa redonda, cuadrada, con una o varias patas), que sería en el ámbito del derecho, la escritura del acto o las palabras utilizadas en la contratación verbal u otras solemnidades legales o convenidas, o en las injurias proferidas contra una persona.-

La ejemplar es el modelo inspirador material o modelo de conducta justa respectivamente.-

La causa final la he reservado para el último, es razón de ser exclusiva del mundo de la conducta humana o entes culturales, esto es del hombre –quien solamente entiende la

²⁰⁷ Traemos nuevamente a colación la cuatripartita división de Aristóteles receptada y ampliada por la Escolástica que determina la causa fuente o eficiente, causa fin, causa forma, causa material y causa ejemplar supra mencionada. Cfr López de Zavalía, op cit, pag 384.-

²⁰⁸ Sobre estas denominaciones cfr. Wayar y López de Zavalía respectivamente, ops. Cits, págs 166 y ss, y 386.-

finalidad de sus acciones (la lluvia por ejemplo, no puede presentar una causa final ni la ley de la gravedad la tiene a no ser en la mente del Creador).-

La causa fin objetiva es la intención idéntica para actos de igual categoría (intención de entregar la cosa vendida), en tanto que la subjetiva son los móviles psicológicos y personalísimos variables en cada caso (vendo para adquirir dinero para gastos de salud, para ahorro, con la intención de actualizar y reemplazar el modelo de la cosa vendida, etc).

En la esfera del derecho se interpreta la objetiva como la intención de vender –propiedad por precio-, y la motivación de vender para deshacerme de la cosa inútil, el subjetivo.- En tanto fin, es personal de cada uno de los contratantes, por ello puede atribuirse de manera personal o individual –primero en el acto o negocio jurídico y finalmente en cada una de las obligaciones- y por tanto distinguirse de la función económico-social o práctico-jurídica predicable del contrato en tanto acuerdo.-

1.b.Evolución histórica de la causa:

La evolución de la causa ofrece también algunas consideraciones: Se dice²⁰⁹ que en el Derecho romano, la causa –inseparable de la conventio- justificaba el nacimiento de la obligación y la consiguiente acción en los contratos innominados; y se encontraba implícita en el nomen de los nominados.

Cuando glosadores y postglosadores resumen en el VESTIMENTUM la totalidad de las figuras vinculantes (causa y nomen), éste es desde entonces de manera unificada la causa de las obligaciones. Los Humanistas conceptualizan el consentimiento aparejando el paulatino deslinde de la causa en el sentido de fundamento.- La Escuela de Derecho Natural funda al contrato y obligaciones exclusivamente en el consentimiento, conforme a la función económica –onerosa, gratuita o mixta. La Doctrina Francesa antecedente al Código de Napoleón –Domat y Pothier- fija el carácter consensual y obligatorio del contrato, efecto éste último, que exige o supone una causa como elemento extraño, sobrevenido o plus – recordemos que la causa en Roma era sinónimo de nomen e intrínseca al negocio o una

²⁰⁹ Gete Alonso y Calera, op cit, cap IV. Pág 393 y ss.

prestación en los innominados-, y separa el último autor la causa del contrato y de la obligación.

La doctrina española anterior al Proyecto 1851, se encuentra dividida por dos textos legales contradictorios: a) el Proemio a la Partida V del que resulta la entonces poco lucida clasificación de los contratos onerosos y de puro amor –que no prospera hasta el siglo XVIII- y la validación del nudo pacto con la eliminación de la estipulación como causa verbal; y b) la contradicción de la Ley Única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, que profundiza el aformalismo declarando la obligatoriedad solo consensu dejando en términos gramaticales la distinción entre contratos nominados e innominados pero por otro lado exige una causa en el contrato -in genere- al modo de los innominados del derecho romano.

Ultimo estadio en la evolución de la causa de los contratos previa a la codificación española:
Paso de la causa formal del Derecho Romano a la causa fin del consensualismo:

Reseñando a Gete Alonso y Calera, el último escalón de la evolución reseñada dividió a la doctrina²¹⁰: los partidarios del “solo consensu obligatorio”; y los que exigen el fundamento o causa obligatoria. NO obstante, ambas tesis coinciden en los siguientes puntos: a) Subsisten sin embargo los contratos innominados; b) se equipara la estipulación -despojada de formalidad- al pacto nudo²¹¹; c) los innominados son considerados consensuales -nace aquí la promesa de Domat y Pothier-; d) la causa se desplaza de la idea de solemnidad a la del solo consensu y luego a la idea de motivación²¹² en la doctrina anterior y posterior al Proyecto de

²¹⁰ Pérez de Salamanca, Matienzo, Rodríguez de Fonseca, Jordán de Asso y de Manuel, Martí de Eixalá.-

²¹¹ Para Gregorio López se suprime la formalidad de la estipulación pero no la forma de los consensuales; y para Antonio Gómez tal supresión no afecta al requisito de la causa a la que cataloga como elemento extraño necesario para la eficacia obligatoria.

²¹² Domat se refiere a la causa de las obligaciones, que Pothier traslada a la “causa del contrato” pero en referencia a las obligaciones que nacen del mismo, por lo tanto los efectos se identifican pues es causa del contrato para que éste pueda producir su efecto obligatorio, lo que en el fondo es lo mismo. De este modo, las vicisitudes de la causa que para Domat provocaban la nulidad de la obligación, se extienden en Pothier al contrato (se produce una unificación: ambas causas son “propias” aunque continúa la función económica de la misma en relación al contrato y la función jurídica en relación a las obligaciones)²¹² Causa es para ambos autores, algo añadido o sobrevenido, objetivo y neutro económicamente, por lo que el error, falsedad o ilicitud sobre la misma, sólo extinguen el acuerdo causal y sólo provocan la nulidad del contrato a diferencia de lo que ocurre con el error, falsedad o ilicitud del objeto que hacen inexistente al actoLa falsedad de la causa (se refiere a la de la obligación) dimana del error y como la obligación que dimana del contrato no tiene otro fundamento que incardinarse a través del consentimiento –que en el caso de error implica creencia inexacta de la realidad-, produce el efecto de inexistencia de la causa. EL error es un aspecto subjetivo (creencia). Esta inexistencia de la causa, no se asimila a la inexistencia de consentimiento o al error sobre el objeto que provocan la inexistencia del acuerdo sino que, al ser la causa un elemento externo o añadido a los demás elementos esenciales, el error sobre la misma provoca sólo la nulidad del acuerdo. Se refiere a la causa objetiva, aunque por vía del error se

1851; e) a partir de entonces se empieza a formar el concepto general del contrato y a destacar la causa como elemento del contrato (“no puede haber consentimiento sin motivo”: Martí de Eixalá) Creemos que ello implica decir que la causa formal de los antiguos, se fue transformando en causa fin con la espiritualización del vínculo y el fortalecimiento del consensualismo; f) Los contratos se clasifican en innominados (do ut facio) y nominados (de pura gracia o amor y otros en beneficio de ambas partes), distinción que se reduce a puros términos gramaticales; g) no se distingue entre causa como elemento de la obligación y del contrato; h) la causa es fundamento de la eficacia obligatoria y motivación subjetiva que induce a contratar y justifica la promesa.- Por tanto concluye la autora sosteniendo que la causa fin es elemento de la obligación y la función económico- social, lo es del contrato dando lugar a la clasificación de los contratos en onerosos y gratuitos.

Entiendo que la causa es elemento del acto jurídico²¹³ si bien se aplica a las obligaciones - puede reflejarse en sus efectos- o al contrato; en tanto la función económico – social es propia de los contratos tal como lo sostiene con gran maestría la autora de la última referencia.

Code de Napoleón exige el art 1108 para la validez de la convención, una causa lícita de la obligación. La causa es entendida por los doctrinarios de la época como causa de la obligación, en tanto que se clasifica a los contratos según la función o causa negocial en onerosos y gratuitos. La falsedad, inexistencia o ilicitud producen la nulidad de la obligación²¹⁴ Se regula la causa no manifiesta: art 1132. Se distingue el acuerdo contractual del acuerdo sobre la causa –derivado de la concepción de la causa como foránea al contrato

En el Proyecto español de 1851, el tema de la causa se sitúa en los arts 973, 976, 997 y 985,4 que enumera entre los requisitos a la causa; los tres últimos anteceden al 1261,3 y 1274 del actual Código Español.

introducen los móviles Respecto a la ilicitud de la causa se refiere igualmente a la causa de la obligación , Domat entiende la causa y motivos como elemento objetivo y añadido, los que siendo ilícitos hacen nulo el acuerdo no influyendo su ilicitud en los elementos del contrato. Pothier introduce la ilicitud a través de los motivos o contenido de las obligaciones (exige que causa sea honesta: moral y legal). Ilicitud es pagar un precio por la comisión de un delito, la realización de algo prohibido. Los motivos no tienen otra relevancia pues el error sobre los mismos no es trascendente. La causa DEBE EXISTIR (desaparece la estipulación abstracta), DEBE SER VERDADERA y DEBE SER LÍCITA (Domat le atribuye la ilicitud a la convención; Pothier a la finalidad o motivos relevantes, produciéndose el trasvase de contrato ilícito a causa ilícita) Esto iniciará la discusión doctrinaria acerca de la objetividad o subjetividad de la causa. Gete Alonso y Calera descarta el problema afirmando la causa como un concepto objetivo, op cit

²¹³ Compagnucci de Caso, López de Zavala, Vallespinos, Wayar, Ghersi –externa al acto-,

²¹⁴ arts 1131: la obligación sin causa, con causa falsa o ilícita no produce ningún efecto. 1133: ilicitud

Principios del Proyecto: a) el contrato se basa exclusivamente en el consentimiento, el que se exalta; b) la causa como elemento de la obligación es elemento limitador del puro sistema consensual de acuerdo al art 973, que preceptúa: “el contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, respecto de otra o más, a dar alguna cosa o prestar algún servicio” y el 985,4: “Para la validez de los contratos son indispensables los requisitos siguientes: 4º causa lícita de la obligación”; c) causa se reduce por ende a la causa negocial la que se toma como criterio clasificatorio de los mismos atendiendo a su función económica, así como que es función o fundamento jurídico de la obligación - fundamento de su eficacia que promueve la división de las causas obligacionales en base a la función económica: su finalidad práctica-; c) la causa negocial es elemento divisor del funcionamiento del tipo contractual; d) no se incluye la mención a los aleatorios entre los contratos onerosos aunque se los legisla en el Título 15, libro 3; e) se separan la causa -onerosa, gratuita y mixta de Pothier-, de los motivos -justos y razonables de Domat-; f) los contratos reales nominados pasan a ser consensuales de causa gratuita; g) las causas son 4: promesa, prestación, servicio prestado y liberalidad -las dos últimas motivos elevados a términos causales-; h) la causa es objetiva, un plus y precedente al contrato, con excepción de la causa motivo; i) la causa de la obligación se encuentra en estrecha relación de interdependencia con la causa del contrato o negocial: así correspondientemente con la causa de los contratos onerosa, gratuita o remuneratoria (mixta), se sitúa la prestación o promesa como causas onerosas de la obligación; la liberalidad o motivo in genere de las causas gratuitas de obligar y el servicio o beneficio prestado o motivos específicos, de las causas remuneratorias -conforme a Pothier que agrega entre la causa de las obligaciones a las mixtas que serían una concreción de las motivaciones de Domat, explicitación de la causa gratuita que se reputa onerosa aunque en el Proyecto no se equipara sino que se tiene como especie de acto gratuito-; j) causa falsa (art 998) se asimila al error en el consentimiento, lo que provoca la inexistencia sobre el acuerdo causal y la nulidad contractual; y además (art.999) se asimila a la simulación cuando se pruebe la existencia encubierta de otra causa que de no existir hace impugnabile al contrato -ésta última referida a los motivos que se incorporan a la causa-. La causa ilícita se refiere a los motivos que se incorporan a acuerdo casual -injusta, deshonesto o prohibida por la ley- y que provocan la nulidad del contrato. Finalmente el art 1000 regula la expresión de la causa -en Roma necesario para el ejercicio de la acción- y que en este Proyecto se presume salvo el derecho de la parte obligada para probar que no la hubo, lo que demuestra el carácter sobrevenido de la causa y fundamento de la obligación.

Ante el estado de la cuestión presentado para el Derecho Español –luego receptado en el Código de 1889, arts 1254 y 1261-, diremos que en nuestro derecho, la causa no se encuentra enumerada entre los elementos del contrato. Ello con razón por cuanto es una realidad ontológicamente “anterior” al contrato, pues es un elemento del acto jurídico, que se puede visualizar en el contrato de manera concreta y por sus efectos en las obligaciones. Si bien se pueden visualizar en las obligaciones –en tanto efecto del contrato, especie de negocio jurídico-, se corresponden con el género del acto jurídico del que el contrato es una especie.

1.c Causalismo, anticausalismo y neocausalismo:

En vistas al avizoramiento de la causa de manera más patente en Domat y Pothier –a quienes se atribuye su primer sistematización- se abre luego el debate por parte de quienes no adhirieron a la nueva noción, superándose la disputa por una nueva manera de concebir a la causa por parte de los llamados “neocausalistas”.-

No podemos tampoco desconocer la lucha polarizada entre “causalistas” y “anticausalistas”.-

Siendo la palabra causa de genérica aplicación y dependiendo su equivalencia del lugar donde se haga el corte de análisis por tratarse siempre de una cadena de causas-efectos.-

El punto álgido de la discusión es el concepto de causa fin, pues ningún autor o corriente niega a la causa fuente: causalistas y anticausalistas la reconocen como concepto del derecho.

La denominación de anticausalistas hace al desconocimiento de la causa fin en la relación jurídica, por los pensadores que así se pronuncian.-Causalistas son quienes encuentran en la idea de causa fin, una noción útil en la relación jurídica y anticausalistas los que, negando este concepto, entienden que puede reemplazarse en su normatividad, aplicando las normas sobre consentimiento, objeto, capacidad y causa fuente²¹⁵.- Finalmente, dentro de los “finalistas”, se encuentran los que toman la acepción objetiva o abstracta del término (móviles idénticos para relaciones del mismo tipo) y los que le atribuyen una predominante connotación subjetiva u ocasional (móviles psicológicos o particulares).

En palabras de López de Zavalía, ningún autor puede encasillarse perfectamente dentro de

²¹⁵ La doctrina jurídica moderna ha reemplazado el empleo de la palabra causa, por “capacidad” (como causa del contrato), o ausencia de “causa formal” (como “causa” de nulidad del mismo).-

una sola corriente o en toda su línea de pensamiento adherir a una sola.

Por tal razón, dentro de los causalistas es posible distinguir a los clásicos (comentadores del Código de Napoleón) y neocausalistas. Surgen así el causalismo objetivo y subjetivo respectivamente como nuevas acepciones de aquellos términos : causalismo objetivo o causalista llanamente y neocausalismo o causalistas subjetivos que amplían el concepto de causa a los móviles personales de las partes. Luego surgen además, combinaciones atenuadas o incluso mixtas.

Según teoriza el Dr López de Zavalía, señalando como lineamientos “puros”, el causalismo objetivo²¹⁶ –que podría coincidir con el causalismo clásico-, el causalismo subjetivo –que coincidiría con el neocausalismo- y la tesis anticausalista a ultranza²¹⁷, que obviamente se identifica con el anticausalismo.- Se enrola el autor en lo que sería un causalismo sincrético o dual pues la causa puede significar fuente, fin objetiva o móviles subjetivos según se necesite calificar la moralidad o licitud de los fines o juzgar su equidad, la lesión, teoría de la imprevisión, etc.²¹⁸

El Dr. Bueres²¹⁹ subdivide a su vez al neocausalismo o causalismo subjetivo, en:

- a) tesis subjetivo-objetiva: Capitant, lo concibe como interés en la prestación –objetiva- a su vez que integrante de la voluntad –subjetiva- La diferencia entre esta tesis y las sincréticas u objetiva-subjetivas es que este autor si bien distingue los móviles subjetivos, le parecen irrelevantes para el Derecho, propios de la conciencia de cada uno que sólo revisten interés a instancia de la ley.
- b) objetivas: Lucas Louis entiende que la finalidad es externa a la voluntad.

²¹⁶ El causalismo objetivo distingue entre causa fuente, causa fin y causa ocasional, entendiendo por “causa”, a la causa fin objetiva o abstracta, esto es, y como dijéramos, al fin inmediato, rigurosamente idéntico en todos los actos jurídicos correspondientes a una misma categoría que persiguen fatalmente el autor o los autores de un acto jurídico determinado” (Bonnecase). Wayar (Obligaciones) ejemplifica diciendo por ejemplo que en la venta, el vendedor pretende el pago de un precio como contraprestación de la transferencia en propiedad de una cosa, en la donación se trata de transferir gratuitamente la propiedad de una cosa. López de Zavalía agrega el comentario de muchos, respecto a los contratos bilaterales, que la prestación de una parte, es la causa de la contraprestación de la otra; en los reales, la causa de la obligación de restituir se encuentra en la entrega de la cosa .-

²¹⁷ PARA el DR. LOPEZ DE ZAVALÍA, EL CONTRATO ES LEY: GENERA DERECHO OBJETIVO (CONSECUENCIA INMEDIATA), O ES ACTO JURÍDICO QUE IMPORTA LA REALIZACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO PREVISTO EN LA NORMA. POR LO EXPUESTO, PARA ESTE DOCTRINARIO, EL CONTRATO GENERA O ES CAUSA FUENTE DE OBLIGACIONES SÓLO MEDIATAMENTE.

²¹⁸ De allí la necesidad de averiguar en cada ocasión su traducción -propuesta del Dr López de Zavalía-: apoya la segunda tesis cuando, simplificando la cuestión, solucionan muchos de los “pretendidos problemas de la causa”, con las normas relativas al objeto, al consentimiento, etc (pues son causas o elementos constitutivos del acto), a pesar que en cuanto a esto último, una acepción genérica no está de más, ni todas las aplicaciones se encuentran legisladas bajo un nombre especial.-

Compagnucci de Caso, Muñoz y Fontanarrosa se enrolean en esta posición. Betti²²⁰ dice que causa es la “intención práctica a la que se dirige la voluntad”, Y SI BIEN no son conceptos contrapuestos, la causa es externa a la voluntad puesto que la ley la objetiva y la tutela con independencia del querer de las partes y se traduce en la función económico-social del negocio. Cariota Ferrara²²¹ reemplaza función económico-social por “función práctico-social” ya que la causa va mas allá del derecho patrimonial.

Estas teorías han recibido las críticas de Díez Picasso distinguiendo la causa de la función económico-social siendo el último concepto útil para explicitar problemas del negocio indirecto, fiduciario y simulado²²²;

- c) subjetivas, que identifican la causa con el móvil o motivos determinantes de la voluntad²²³. Estos autores generalmente no niegan una finalidad abstracta, sino que la identifican con el objeto, al que se entiende vg, como finalidad económico-jurídica.- Lafaille adhiere a esta concepción. Así la justificación causal de prestaciones en un contrato de compraventa, lo entiende el autor como constitutivos del objeto.
- d) Posiciones sincréticas o dualistas.- Combinan la tesis objetiva y subjetiva. Por ende, resultan a juicio del Dr Bueres²²⁴ eficaz medio de protección de la voluntad individual al permitir mantener la igualdad de las partes –en su acepción objetiva- (fundamento del pacto comisorio -art 1201-, y a juicio del autor, de la teoría de la imprevisión -del 1198-) y en su acepción subjetiva, como instrumento de defensa social poniendo límites a la autonomía de la voluntad esclareciendo la licitud y moralidad de lo actuado. Se enrolean en esta posición López de Zavalía, Videla Edscalada y Gastaldi, Borda, Carranza, Ripert, Boulanger, Josserand, Marty y Raynaud, Mosset Iturraspe

Crítica anticausalista

²¹⁹ op. cit, pág 68, nota 72

²²⁰ “cfr. Betti, Emilio en Teoría General del negocio jurídico, Madrid, 1959 y Videla Escalada, F. N., en su obra “La causa final en el derecho civil, Abeledo Perrot, BsAs 1968”La causa final en el derecho civil”, N°157, pág.68).-

²²¹ Cariota Ferrara, Luigi “El negocio jurídico”, trad. Por Manuel Albaladejo, Madrid, 1956, Ed. Aguilar

²²² Díez Picasso “Fundamentos del derecho civil patrimonial, Madrid 1970, ed. Tecnos. pág 161, distinguiendo la causa de la función económico-social siendo el último concepto útil para explicitar problemas del negocio indirecto, fiduciario y simulado.-

²²³ Mazeaud, Henri, León y Jean, Lecciones de derecho civil, trad. Alcalá Zamora y Castillo, Ejea, Bs As, 1962, I, parte II.- Entre los autores argentinos: Mosset Iturraspe, Cazeaux y Trigo Represas VERRR .-

²²⁴ Op cit

La crítica anticausalista combate al causalismo – clásico, observemos:

La tesis causalista clásica, objetiva explica que en los contratos sinalagmáticos la causa de la prestación de una parte, es la contraprestación de la otra. En los unilaterales, la causa fin está constituida por la voluntad de obligarse o la forma y en los gratuitos, por la voluntad de liberalidad.

1) En los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas, la causa de la prestación de una parte es la obligación correspondiente. EL cumplimiento de la prestación de una parte se justifica con la contraprestación de la otra.

Crítica: la simultaneidad de ambas prestaciones impide a una prestación ser causa de la otra. Otro argumento radica en que en este caso una prestación es causa fuente de la otra y se trata aquí de analizar la causa fin.-

2) Respecto a los contratos reales la causa de la obligación de restituir no es la entrega sino que la fuente de ambas obligaciones es el contrato pues sólo tomado el contrato como consensual podría la entrega ser fuente de la restitución. Con la actual vigencia de los contratos reales, la entrega es causa fuente del contrato –al modo de consentimiento- y el contrato genera la obligación de restituir. La finalidad específica de los contratos reales en cambio, puede ser diversa: se entrega la cosa para conceder el uso, guarda, una garantía o la propiedad de una suma de dinero o cosa según sea el subtipo comodato, depósito, prenda o anticresis, mutuo, renta vitalicia.

Crítica: Los anticausalistas proponen resolver los problemas relativos a la causa en estos contratos, con las normas relativas a la forma.

3) En los contratos gratuitos sostiene la tesis clásica, que la causa fin es la voluntad de liberalidad.

Crítica: Los problemas planteados se resuelven a través de las normas sobre el consentimiento.

Recordemos la secular observación de los anticausalistas –que desconocen la relevancia de la “causa fin” para el derecho-, puesto que solucionan tales problemas con las normas mencionadas sobre consentimiento, causa fuente, forma u objeto (las prestaciones constituyen el objeto). Es decir:

1) confunden causa con el objeto, en los contratos bilaterales; 2) con la forma, en los unilaterales; y 3) con el consentimiento, en los gratuitos.

Entre nuestros doctrinarios enrolan en el anticausalismo: Bibiloni, Salvat, Galli, Spota y Llambías.-

El causalismo subjetivo y subjetivo-objetivo o neocausalismo introduce las motivaciones o causa fin ocasional o subjetiva en el concepto de causa, lo que repecha las críticas del anticausalismo objetivo, pues al introducir las motivaciones subjetivas viene a explicar porqué siendo la causa fin objetiva idéntica en negocios del mismo tipo, puede incurrirse en negocios ilícitos²²⁵.

Finalmente entendemos con el Dr. Wayar, que la causa fin subjetiva u ocasional, sólo puede tener valor legal cuando se encuentra “causalizada” –la expresión corresponde al autor-, esto es, exteriorizada o explicitada en el título. EN igual sentido la doctrina mayoritaria (clásicos franceses: Capitant, Josserand, Bonnet, Rieg, Dabin²²⁶, Mosset Iturraspe)

1.d. Causa fin y atribución patrimonial:

La doctrina francesa, es la que responde a lo analizado y se basa en los arts 1131, 1132 y 1133 del Código de Napoleón que son fuente de nuestros 499, 500, 501 y 502 acerca de la causa ilícita, falsa, ausente o inexistente.

La alemana, examina el tema de la causa a propósito de las atribuciones patrimoniales abstractas –atribución como comprensiva de todo otorgamiento de una ventaja: arts.504, 1139; es decir, creación, modificación, traslación y extinción de derechos)²²⁷. Es decir que cada declaración se realiza teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas que se producen de la misma y que, para el caso de las atribuciones patrimoniales, las mismas son consecuencia jurídica mediata a través de otra inmediata.

Para López de Zavalía la voluntad de las partes es norma y de esta norma se derivan las

²²⁵ En coincidencia López de Zavalía, op cit.

²²⁶ Obras en el orden correspondiente: De la causa de las obligaciones, Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado; Supplement II, N°545 y ss; Le rôle de la volonté, La teoría de la causa.-

²²⁷ Cariota Ferrara: El negocio jurídico, N°60 si bien no se refiere a la causa de la atribución sino al negocio.-

consecuencias lo que desde ese punto de vista parece razonable -aunque pensamos suficiente decir que las obligaciones se siguen de manera mediata-. Por otra parte, explica que las atribuciones patrimoniales no se efectivizan para empobrecer al sujeto, sino que la causa de las mismas –*solvendi, donandi, credendi*- son lo que se persigue.-

Las atribuciones contenidas en los contratos pueden ser causadas o abstractas según las atribuciones dependan –total o parcialmente- o no, de la existencia o validez de la causa.- Así, ejemplifica que la tradición en nuestro código ha de ser causada (art.2602: debe fundarse en título suficiente para transmitir el dominio).-

Lo que está claro, como observa Barea²²⁸, es que se distinguen la causa (fuente o fin), de las atribuciones gratuitas u onerosas, vg., la colación, reducción y revocación por ingratitud, supernacencia o supervivencia de hijos se basan en la atribución gratuita, en tanto otras se relacionan con la causa y son, por tanto aplicables sólo a un tipo de contrato como es el caso de la normativa propia de la donación , que no se aplica al mutuo, comodato o depósito gratuito (vg la posibilidad de revocación o la formalidad exigida para la donación inmobiliaria, art 1810).-

En España se amalgaman los planteos franceses (con análogos arts.1274 a 1275) y alemanes recién luego. En Italia, la influencia francesa se aggiorna por la doctrina que recepta los principios alemanes, así Messineo²²⁹ distingue entre la causa - motivo (causa *credendi, donandi* y *solvendi* como subespecie de la causa fin²³⁰) y causa de atribución en el sentido germánico; así como por su parte Betti²³¹, expresa que la atribución patrimonial es una consecuencia indirecta del negocio, no necesariamente consciente ni intencional, siendo la atribución patrimonial, contenido del negocio, que produce una transformación patrimonial social y jurídicamente trascendente.-

Ingresando en el tema que nos ocupa, la causa de los contratos reales, expresa Betti, desde su conocida posición, que centra el basamento de la explicación del “negocio jurídico” en la “función económico-social” del mismo, que vg. la entrega es una “exigencia funcional” del contrato real. El autor identifica causa y función que en la doctrina mas actual difieren temporalmente, siendo la causa un elemento estructural genético del acto, en tanto la función

²²⁸ op. cit. Pág. 107, citando a Mosco: Onerosidad e gratuitá. Pág.301 y ss.-

²²⁹ Manual de Derecho Civil y Comercial, cap correspondiente a la causa.-

²³⁰ Que son por su parte, causas genéricas en relación a la causa propia de cada tipo contractual como lo haremos notar oportunamente infra pág 119 y 120.

un elemento económico-social añadido o sobreviniente (Rivera²³², Galli).

En el sistema del common law, los pactos han de recubrirse de formalidades -pactos vestidos-, o celebrarse en el esquema del deed -escrito, formado, sellado y entregado al acreedor- o del “by parol” -oral o escrito pero sin las exigencias del deed, que para su validez ha de tener soporte en un sacrificio de la otra parte llamada “consideration”.- Es evidente el paralelismo existente entre el sistema anglosajón y el antiguo criterio romano en las fuentes de las obligaciones: contratos verbales o litteris con los by parol; deed con los reales o innominados reales; y la consideration con los innominados. Pragmatismo romano de análogo corte al pragmatismo inglés que pervive en la actualidad.

1. e. Legislación argentina de la causa de los actos jurídicos:

El Código Civil argentino trata la causa principalmente en los artículos 499, 500, 501 y 502.

Sobre la base sentada, autores como López de Zavalía, explican que por la razón expuesta, hay que estar a la plurisignificación aludida y en cada mención legal del término asignar específicamente la significación para ese supuesto concreto. Adhiere de esta manera a lo que el llama corriente causalista subjetiva o subjetiva-objetiva según nos explicáramos supra.-

Interpretamos los artículos del CC de la siguiente manera:

- art 499, referido a la causa fuente²³³.
- Art 500 y 501 –presunción de existencia de causa ausente y falsedad de causa respectivamente- respecto a los que también adherimos a la conceptualización dual:

Wayar²³⁴ cita los siguientes ejemplos:

a) Una persona declara “debo \$1000 a Pedro” y guarda silencio frente a la causa. Aplicando el artículo 500 la presunción alcanza a ambas causas. Le corresponderá al deudor destruir la presunción mediante pruebas en contrario. Así, si logra demostrar que la fuente no existió, también quedará demostrada la inexistencia de finalidad, por aplicación del artículo 499. Pero

²³¹ Op cit, pág 212 y ss.- Con anterioridad el autor clasifica los negocios en consideración a la causa en actos entre vivos o mortis causa, causados o abstractos, fiduciarios e indirectos (pág 199)

²³² Ops cits, capítulos relativos a la causa, pág 923 y ss.- Clara exposición del tema, realiza en la Doctrina extranjera Díez Picasso.-

²³³ A salvo la opinión contraria de Llerena, “Concordancias y comentarios”, t II pág 381-382

si no logra probar la inexistencia de la fuente, todavía podrá acreditar la ilicitud o inmoralidad de los fines para desbaratar la obligación, recurriendo al art. 502. El deudor que no pueda desconocer la existencia de la fuente, ¿puede alegar la inexistencia de fines? Si Juan “declara deberle \$1000 a Pedro” en virtud de una venta: si bien esta causa (venta) no se expresa en la declaración, se presume que existe. A Pedro no le es posible probar la inexistencia de la venta, sin embargo, ¿podrá probar la carencia de fines? Se impone la necesidad de efectuar un distingo: la finalidad objetiva, abstracta e idéntica para todas las ventas no puede ser negada, aunque es posible demostrar la frustración de esa finalidad objetiva. Los móviles o motivos casualizados también pueden frustrarse, en cuyo caso, probada la frustración, el deudor podría alegar la inexistencia de fines en los términos del artículo 500”.

Apuntamos que la finalidad puede distinguirse de la frustración de la finalidad económico-social, según lo ampliaremos infra.-

b) Cuando una persona declara “debo \$1000 en virtud de una compraventa”, denuncia la fuente de la obligación y la finalidad objetiva que siempre se busca con esa clase de contratos. Sin embargo, queda fuera de la declaración la causa-motivo o finalidad subjetiva que impulsó a las partes a contratar. Esta causa también queda comprendida dentro de la previsión del art. 500, por lo tanto se presumirá su existencia y su validez mientras el deudor no pruebe lo contrario. La ley presume que los motivos fueron exteriorizados y dados a conocer, no obstante lo cual no fueron “expresados en la declaración que contiene la obligación”.

- Artículo 501, falsedad de causa:

“La obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra verdadera”.

Se implica así la causa-fin simulada, siempre que la simulación sea relativa y además lícita.

Este artículo se refiere a la causa fuente, fin o ambas. El ejemplo que cita Wayar es el siguiente:

“Me obligo a pagar \$15.000.000 como precio por el inmueble X que destinaré a la construcción de una escuela” Supongamos que esa suma no la adeudo como precio, sino como restitución de un préstamo hipotecario; así, en la declaración he falseado la fuente de la

²³⁴ Obligaciones, ver causa, pág 166 y ss.-

obligación y, sin embargo, he declarado el verdadero motivo que me impulsa a desafectar el inmueble del gravamen que pesa sobre él. Según los finalistas, el art. 501 no sería aplicable en este caso, pues la finalidad declarada es la verdadera. Puede darse el supuesto inverso, es decir, que en la declaración se exprese la fuente verdadera y se mencione una finalidad falsa. En el ejemplo dado, sería destinar el inmueble no para la construcción de una escuela, sino para instalar allí un comercio. Según los anticausalistas el art. 501 no se aplicaría en este caso, pues la fuente expresada es la verdadera, sin importar que la finalidad sea falsa.

El deudor siempre podrá probar esa falsedad para desobligarse, y si el acreedor pretende conservar su derecho, deberá demostrar que, si bien la causa expresada es falsa, hay otra que es verdadera.

Únicamente se puede hablar de falsa causa en los casos de simulación; es decir, cuando en la declaración se expresa una causa simulada para dejar oculta la que es verdadera. Hay simulación cuando se oculta la naturaleza jurídica de un acto bajo la apariencia de otro (art. 955).

- art 502: Este artículo se refiere claramente a la causa fin pues siendo la ilicitud causa fuente de las obligaciones, no puede invalidarse sino por el contrario convalidarse sus efectos obligatorios. Por el contrario, cuando el artículo dice “la obligación fundada en una causa ilícita es de ningún efecto”, se refiere a la ineficacia de la finalidad ilícita.²³⁵

1. f. Falsedad, ilicitud y error de la causa y error e ilicitud del objeto

En este punto tenemos para decir que la causa fin puede distinguirse del objeto. El Dr Compagnucci de Caso²³⁶ cita la clasificación de Bueres (Objeto del negocio jurídico) cuando clasifica las teorías amplias (que identifican objeto con obligaciones), intermedias (con la prestación) y restringidas (con la materia).. Llega a la conclusión que la prestación y la materia son objeto de las obligaciones, las obligaciones lo son de los contratos y la “realidad” sobre la que se asienta son objeto del negocio jurídico -que abarca bienes, utilidades e intereses, relaciones sobre que se apoya la voluntad o regulación del negocio.- Otras

²³⁵ Compagnucci de Caso, El Negocio ... Pág 191

²³⁶ Compagnucci de Caso, Rubén H: art. cit, “El Objeto del negocio jurídico”,

posiciones lo identifican con la finalidad práctica -acá López de Zavalía²³⁷ lo asimila a las relaciones jurídicas que crea y derechos sobre los que incide-, intereses de las partes, con la prestación, etc.

La diferencia en esta materia es conceptual y de abstracción tal como distinguieramos los restantes elementos en la obligación, el contrato y el acto o negocio jurídico: responden a distintos niveles de abstracción, aunque aplicables de manera efectual a los restantes.

De todos modos pueden diferenciarse en su predicabilidad, de tal modo que el objeto material es una noción objetiva, valga la redundancia y la causa una noción subjetiva como ya lo sostuviéramos supra. Así, aunque la ilicitud se refiera por ley al objeto (art 953 CC) lo hace en algún caso y se predica más propiamente de la causa -art 502 CC- lo mismo que la noción de falsedad. De manera opuesta, la noción de error es inherente al objeto aunque puede predicarse de la causa. Veamos:

Para algunos el objeto no puede ser falso o ilícito -lo que se tiñe de ilicitud y falsedad es la causa- sin hablar de los móviles- o su falta de exteriorización.- Podemos en cambio hablar de falsedad en el objeto en cuanto al error sobre el mismo²³⁸, o de ilicitud en tanto la conducta o prestación que consisten en un hecho o acto son antijurídicos, no el bien u objeto, que en sí mismo, por el hecho de existir es bueno y verdadero e inocuo acerca de un hipotético juicio de valor de falsedad o ilicitud. Dicho en palabras del Dr López de Zavalía, el objeto inmediato del contrato son las relaciones jurídicas o derechos sobre los que incide; el objeto mediano puede clasificarse en directo -prestaciones- e indirecto -el bien específico debido. En este esquema, el eximio jurista reduce el problema de la ilicitud al objeto mediano directo, esto es a las conductas -o hechos del hombre- pues respecto a las cosas “no cabe hablar de licitud o ilicitud al ser neutras a estos valores que se refieren a conductas”²³⁹

Refiere el Dr Compagnucci de Caso²⁴⁰ que el art 926 CC se refiere al error sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto”.

²³⁷ López de Zavalía, Contratos, t 1, pág 237 y ss.

²³⁸ Recordemos que el error -sea sobre el objeto, causa o sujetos- provoca la nulidad relativa, sea error obstativo-declarativo- o vicio -error en la formación de la voluntad o interno-, sólo cuando es esencial y excusable (es decir que no provenga de una negligencia culpable: art 929 CC).- El error que provoca la anulación del acto, no implica que quien erró no deba indemnizar a la otra parte (López de Zavalía, pag 267 y ss).- Para otros -Pérez González, Alguer- en ambos casos -error obstativo o vicio- hay nulidad. Otros -Llambías, Buteler Cáceres, Borda, Ymaz, el error obstativo deviene inexistente el acto.

²³⁹ López de Zavalía, op cit, pág 238, cita también a Messineo, Doctrina, I, pág. 148.-

²⁴⁰ Compagnucci de Caso, El Negocio... pág 245.-

El error sobre el objeto está en cambio legislado en el art siguiente. Así el 927 dice: “Anula también el acto, el error respecto al objeto sobre que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquella sobre la cual se quería contratar, o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre diverso hecho”.- Evidentemente el propio código separa el error en el objeto y en la causa.

La cuestión relativa a los contratos reales, adonde queremos llegar, es ubicar a la entrega de la cosa como objeto o causa del contrato. Como dijésemos del objeto, es elemento visible de las obligaciones y sólo mediato indirecto en el contrato por lo que la *entrega* es la “prestación” y *la cosa* es el “objeto”, susceptibles de los vicios de error e ilicitud (arts 927 y 953 CC).- Tal prestación es causa fuente de la obligación de restituir. Por su parte la causa fin en los contratos reales es diversa según sea el específico contrato real de que se trate: fin de conservar, guardar, usar, garantizar. Esta finalidad es susceptible de ilicitud (en su sentido objetivo-subjetivo), falsedad (simulación relativa), y error, todo según los arts 501, 502 y 926 CC.-

Por tanto en los contratos reales, la entrega es causa fuente constitutiva y no causa fin -tal como lo sería de ser consensual el contrato.- Entonces la entrega es causa fuente en los contratos reales, y causa fin en los consensuales explicitando el carácter histórico de la categorización.

Explicitando aún más la cuestión: en los contratos reales la entrega es causa fuente del acuerdo y de la obligación de restituir. En un sistema consensual, el consentimiento constituye la fuente del acuerdo en tanto la entrega es causa fuente de la obligación de restitución, tal como se visualiza hoy en la locación.- La diferencia estaría en que en los contratos consensuales la entrega no es fuente del acuerdo y sí lo es en los reales.

La finalidad de la entrega es en ambos, la guarda, conservación, custodia o garantía conforme ya lo esbozáramos en el marco teórico y por lo mismo, no se comprende la razón por la cual se invoca que la obligación de restituir es la justificación por la que se mantiene la categoría siendo la locación un contrato restitutorio como muchos otros atípicos.

Observamos con claridad que si bien la obligación de restituir es nota de todos ellos, resulta relevante sólo cuando va unida a la gratuidad pues si es oneroso, no cabe duda que el sacrificio de la contraparte justificaría plenamente la exigibilidad o el resarcimiento. En los gratuitos, el acto mismo de liberalidad, sumado al interés del que está obligado a entregar o

restituir alcanza la calidad de nota esencial: si presto a título gratuito el interés es del comodatario o mutuario por lo que sólo la entrega libre del comodante perfecciona el mismo así como inversamente en el depósito, es en interés del depositante la entrega y por tanto su efectivización exclusivamente genera la obligación de restituir. En los contratos reales onerosos el preliminar resulta significativo, careciendo en los gratuitos de algún valor. LA prenda y anticresis si bien pueden existir las notas de restitución- gratuidad, entendemos que la sólo generación del derecho real de garantía , hace esencial la entrega tal como lo venimos remarcando. Volvemos sobre todo esto una vez concluido el análisis íntegro de los elementos propuestos.

1. g. La causa como elemento de las obligaciones, del contrato o del acto jurídico:

Algunos autores dividen o clasifican los elementos del contrato en: personales , reales y formales.

A pesar que hemos tratado el tema genéricamente cuando planteáramos supra el problema de los elementos de los contratos y su distinción con los de las obligaciones y del acto o megocio jurídico, nos propusimos abordar algunos de los tales en profundidad, tales como la causa, consentimiento y forma. Fijémonos que en todas las posiciones doctrinarias que explican los elementos del contrato, ya sea la posición clásica –sujeto, objeto, causa y forma- o las posiciones más modernas –sea que los dividan en contenido y forma, o los que los agrupan en personales, reales y formales- aluden invariablemente a las mismas realidades, aunque distinguibles por su grado de abstracción. Nos explicamos:

Las posturas más antiguas, no distinguen los elementos del contrato de los elementos de las obligaciones. No hacen abstracción separando ambas realidades. Las posiciones más modernas, separan y dividen los presupuestos, elementos (de contenido –esenciales, accidentales y naturales- forma) y circunstancias. Hay una conceptualización más honda y con un mayor grado de abstracción, al igual que la distinción entre elementos personales, reales y formales.

Sean cuales fueren las posiciones, creemos que no se trata de distinciones fundamentales: el contenido se refiere obviamente al objeto o a los elementos reales, así como la forma es tenida por elemento del contrato en todas las teorías.

La verdadera diferencia está en el grado de abstracción con que se consideran los elementos y los institutos. Si hay en el doctrinario una clara diferenciación entre el contrato y las obligaciones, la conceptualización de los elementos es clara: algunos conceptos se reservan para las obligaciones y otros para el contrato.

Finalmente, las más prolijas posiciones, en nuestro modesto entender, separan también a la causa como elemento propio del contrato, ubicándola externa a él, pues la causa es elemento del acto o negocio jurídico, realidad con una grado de abstracción antecedente al contrato – que es una especie del acto²⁴¹.-

La realidad es que analizar los elementos propios del acto jurídico, contrato y obligaciones es como ver la luna a través de un telescopio: podemos decir en una primera observación qué fue lo que observamos; pero si aumentamos la graduación de la lente, veremos cosas que antes no observáramos y así en sucesivas vistas podemos captar grietas, cráteres, consistencia del suelo aunque lo que vemos siempre es la misma luna. Así, en mayor profundidad, cuando Pedro compra su auto, podemos analizar cuáles son los elementos que más propiamente pueden predicarse de las obligaciones de comprador y vendedor, cuáles del contrato y cuáles se predicen del acto o negocio jurídico en tanto acto humano lícito con finalidad jurídica directa o inmediata. Por todo ello, nos pronunciamos acerca de nuestra personal consideración de los elementos de cada una de las realidades conductuales de “deber ser”, en análisis.-

LA CAUSA SE REFIERE AL ACTO JURÍDICO STRICTU SENSU -aunque obvia y tangencialmente al contrato como especie de negocio y se puede predicar de las obligaciones en tanto son el resultado o efecto jurídico de los contratos, intrínsecamente derivadas del mismo en relación de causa – efecto- e históricamente pasó del NOMEN Y CAUSA CIVILIS OBLIGANDI, al VESTIMENTUM y luego a la CAUSA DE LA OBLIGACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO entendida como ligada a la funcionalidad o justificación económica del contrato y despegada ya de su primitivo sentido formal. Creemos que tener a la causa como externa o anterior al acuerdo resulta justamente que en orden de existencia, los fenómenos jurídicos en análisis se presentan así:

ACTO O NEGOCIO JURÍDICO --- CONTRATO --- OBLIGACIONES

²⁴¹ Gete Alonso y Calera, Ghersi entre importante doctrina nacional y extranjera.

En el Código Civil Español de 1889, la teorización histórica aportada se plasmó en los arts 1261,3 –referido a la causa de la obligación- y art 1262,1º in fine: “EL consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato” y 1274 que explicita las causas según la onerosidad y gratuidad del contrato.

Por ello, otra interesante cuestión es diferenciar por un lado la causa y por otro el moderno concepto de función del negocio. Con el aporte de Giorgianni, ambas ideas contemplan la justificación del desplazamiento patrimonial: la causa porque es el fin del negocio aceptado por las partes pero contemplado en la génesis estática del negocio (sinalagma genético), en tanto la función hace a la vida posterior del negocio (sinalagma funcional)²⁴².

Betti por su parte, identifica la causa con la función económico social a la que la ley circunscribe la autonomía de la voluntad explicando que la causa –fin- es la función práctica típica, título justificativo determinante de la voluntad que se confunde en los negocios unilaterales con la voluntad o atribución patrimonial pero no se identifican pues son subjetivas y no admiten valoración social.

Tampoco el elemento objetivo de la causa es igual a la voluntad de la ley pues no es una noción jurídica sino social²⁴³ ni se confunde con objeto pues es común a ambas partes y las enlaza en sus intereses (así ejemplifica con la donación, mutuo y pago son objeto pero no causa).

Explica que, frente al tipo se determinan los elementos esenciales, naturales y accidentales y tales integran la función del negocio y por tanto su causa²⁴⁴. Los motivos sólo interesan si son expresados. Cuando la función no se identifica con criterios regulados, el juez puede considerar la atipicidad en concordancia a la “tipicidad social” dando lugar a contratos innominados, que por no coincidir, sólo la reforma legislativa posibilita la adecuación de las disposiciones contractuales a la ratio iuris.-

El Dr COmpagnucci de Caso en un artículo que ha concitado peculiarmente nuestra atención, comentando un fallo referido a la simulación, diferencia la causa típica del negocio, de la

²⁴² Giorgianni, Michele, “Enciclopedia del Diritto”. Voz causa. Milano. Giuffrè. 1959.

²⁴³ Betti, op cit, pág 56 vto.

²⁴⁴ Recordemos que el autor adhiere a la concepción objetiva y además concibe a la causa como resultado práctico y no como fines jurídicos

determinación causal o intención práctica perseguida²⁴⁵. Así, en la simulación relativa entiende que hay una ausencia de determinación causal aunque aparentemente exista una causa: la intención práctica no coincide con la causa declarada. En la simulación absoluta en cambio, no hay causa alguna²⁴⁶.

Por otra parte interesa la distinción que Díez Picasso realiza entre los negocios ejecutivos o que tienen su causa en otro negocio y los negocios iniciales o que tienen su causa en sí mismos²⁴⁷.-

PRIMERO: Se ha de DISTINGUIR al CONTRATO de las OBLIGACIONES -error que destaca el Codificador en los franceses en la nota al 495CC argentino.- Sobre esa base, también puede identificarse como realidad ontológica anterior, al negocio o acto jurídico.

- 1) Hay que distinguir los elementos de ambos: de las obligaciones: Sujetos, Objeto, Prestación y Vínculo. Son elementos del negocio la Declaración de voluntad –consentimiento en el caso del negocio contractual- y la Causa –aunque puede visualizarse en las obligaciones y en el contrato en tanto función del mismo.- Elementos del contrato como especie de acto jurídico: Forma y Contenido²⁴⁸ La Causa sólo en tanto función práctico-jurídica o económico-social del contrato.
- 2) Diferenciación de sus efectos: si bien coinciden en la práctica dado que del contrato surgen las obligaciones y de éstas los efectos del acuerdo, se ha dado en especificar que el contrato es ley para las partes, siendo por tanto sus efectos objetivos. Las prestaciones en cambio tienen efectos subjetivos para las partes concretas.-
- 3) Distinción de la causa de los contratos y de las obligaciones:

Creemos por lo expuesto, que es necesario partir –para mayor claridad del uso de la palabra causa- de su acepción como fuente y como fin. La Causa fuente puede analizarse en las obligaciones, contratos o actos jurídicos, en tanto la causa fin es única e idéntica como elemento del acto jurídico –siendo el contrato una especie- y derivadamente puede predicarse

²⁴⁵ Compagnucci de Caso, R. H.: “Actualidad en la jurisprudencia sobre simulación” L L 1999- F- Sección Doctrina. Pág 955 y sgtes.

²⁴⁶ Sin perjuicio de lo anterior, tal divergencia entre finalidad práctica y causa ha de distinguirse de los vicios de la voluntad que afectan el querer en el fuero interno de la persona, así vg el error, dolo, violencia e intimidación. no obstante el error obstativo puede explicar la simulación cuando, aún cuando deriva de una voluntad libre, no coincide lo declarado con lo querido

Cita a Coviello y Ruiz Serramalera, art cit pág 957.

²⁴⁷ Compagnucci de Caso “El negocio...”, pág 179.-

²⁴⁸ Canelutti, López de Zavalía

del contrato (como función del acuerdo) y de las obligaciones (como finalidad individual de cada obligación y parte), debiendo legislarse en la parte general a propósito del acto jurídico.

Causa fuente:

- Causa fuente del negocio jurídico es la voluntad.
- Causa fuente del contrato como su especie- es claramente el consentimiento en tanto declaraciones concordantes de las partes vinculadas. El consentimiento puro también es extraño al contrato pues es presupuesto del mismo. NO integra sus elementos que se reducen al CONTENIDO y FORMA, siendo mas propiamente elemento del negocio, conjuntamente con la causa. El consentimiento es elemento del contrato en tanto se exterioriza a través de la forma.
- Causa fuente de las obligaciones: contratos, ilícitos y ley o según la antigua clasificación: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos²⁴⁹.

Causa fin:

Se predica del acto jurídico en general. Se aplica al contrato como una de sus especies y a la obligación en tanto efecto. Hace alusión a la intencionalidad de la que está dotado todo acto voluntario (899, 944 CC). Es propio clasificar el contrato en atención a su función económico-social como gratuitos u onerosos.

- Si bien la causa fin objetiva es idéntica para todos los negocios de igual especie, la causa subjetiva se refieren a la intencionalidad o motivos personales o psicológicos.

Frente a la remarcada diferenciación de criterios con que los autores exponen el tema, creemos que no obstante la disímil denominación de las categorías, la Doctrina es conteste respecto a la conceptualización expuesta. Con criterio mas sencillo y mejor síntesis, se ha llamado causa de la obligación a la causa fin objetiva y subjetiva –o móviles-, bajo el único título de “causa de las obligaciones”, separando la causa fuente de las obligaciones como en un plano distinto de ideas previo al expuesto pero que ninguna doctrina desconoce²⁵⁰.-

La finalidad es propia del acto jurídico o negocio jurídico pues tienen finalidad todos los actos voluntarios como género; del que el contrato es una especie. De todos modos puede

²⁴⁹ Aceptamos la actualización de la ordenación en tanto que las categorías “cuasi” significan aunar especies heterogéneas y estamos por la conveniencia de mantenerlas al efecto de facilitar el estudio viendo preferible el detalle de los institutos abarcados. Cfr. López de Zavalía, Fernando José; Wayar. E.Clemente entre otros.-

²⁵⁰ Disquisición expuesta por Pothier “oeuvres... Traité des obligations” contr, cuasicontr, ley equidad

observarse plasmada en el contrato concreto y a través de éste en las obligaciones que de él resultan. Puede distinguirse de su función económico- social, cuya frustración da lugar a distintas soluciones legales.-

LA CUESTIÓN QUE SUBYACE ES LA CONFUSIÓN ENTRE LA CAUSA DEL CONTRATO Y LA CAUSA DE CADA OBLIGACIÓN EN PARTICULAR QUE RESPONDEN A NIVELES DISTINTOS DE CONOCIMIENTO.

Para Gete Alonso y Calera²⁵¹, la causa de las obligaciones está ligada a la estructura del contrato –elementos-, en tanto la causa del contrato tiene que ver con la función del mismo. Recordemos que la estructura y función determinan el tipo contractual.

Creemos que preguntar por la causa fin de las mismas, es requisar sobre la causa de cada prestación en tanto manifestación voluntaria en ese sentido. Así, la causa fin del contrato se ha de distinguir de la causa fin de las obligaciones aunque como dijéramos, cuando Pedro compra su auto, la finalidad del acuerdo y de las obligaciones o prestaciones es la misma, excepto porque, en un grado mayor de abstracción al estudiar la conducta jurídica, podemos decir según viéramos al requisar los efectos en cada caso, el contrato genera derecho objetivo, en tanto las obligaciones que de él surgen, derecho subjetivo. Por lo mismo, la finalidad del contrato se explica como función económico – social (dimensión posterior o dinámica) y la de las obligaciones como finalidad jurídico – práctica de las partes.

Caso particular de los contratos con prestaciones recíprocas: según lo estatuido por el art 510 CC: “En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva” Por su parte, cada prestación es causa fuente de la otra. Esto hace a la función del contrato: si el contrato es bilateral recíproco u oneroso, cada prestación se justifica por la prestación contraria o las ventajas por los sacrificios correspondientes, en los unilaterales por el espíritu de liberalidad.

La causa subjetiva es más específica: concesión del uso, garantía, guarda o de la propiedad de cosas fungibles, cambio de titularidad, financieros, de colaboración asociativa, transmisivos. Ejemplo: en la compraventa de un auto, la causa fin del comprador es adquirir su propiedad abonando la contraprestación del precio y la causa fin del vendedor es adquirir el dinero o recibir el pago del precio transmitiendo la propiedad de una cosa.- Los móviles son subjetivos, psicológicos y personalísimos y pueden observarse en el contrato de manera

integrada o en cada obligación o prestación de manera aislada y sólo conectadas cuando la obligación es recíproca.

La causa del acto jurídico, es elemento estructural, genético y concebido ab initio desde el nacimiento del acto. Se “visualizan” en el vínculo obligatorio concreto, y aunque con génesis en el acto, en éste se mira la causa como noción abstracta, en el contrato como situación jurídica en conjunto y en las obligaciones desde una sola perspectiva particularizada que traduce el interés práctico de las partes vinculadas en cada obligación derivada del acuerdo.- En el negocio jurídico –a cuya órbita pertenece de manera propia la noción de causa, ha de estudiarse de manera abstracta en tanto ingrediente de todo acto jurídico.

1. h. Géneros credendi, solvendi y donandi causa:

La causa puede clasificarse desde distintos puntos de vista: causa fuente, fin, material, formal, ejemplar; mortis causa, causa praeterita o por actos entre vivos. La causa fin por su parte admite subclasificaciones: desde un punto de vista podemos considerar la causa fin objetiva y causa fin subjetiva. Es posible con otro criterio clasificatorio -atendiendo a su función económico – social y agrupándolas en genéricamente- otra triple división: credendi causa (finalidad de crear derechos de crédito o modificarlos en los casos de causas onerosas) solvendi causa (extinguir derechos creditorios) y donandi causa (la que caracteriza a los actos gratuitos), a partir de los efectos del contrato creditorio.

1. i. Caso de los contratos reales. Causa y tipo. Causa fuente y fin:

Podemos distinguir entre tipo y nomen.

Puede definirse el tipo contractual como la conducta o fenómeno social recogido por el ordenamiento y que nos proporciona una noción abstracta de la figura en cuestión²⁵², generando figuras que se diferencian por la causa en tanto finalidad económico – social, distinta de las consecuencias o efectos naturales e indirectas así como de los presupuestos²⁵³.-

El nomen en cambio se refiere a la denominación de una figura contractual que se genera en

²⁵¹ Op cit, pág 535 y ss.

²⁵² Gete Alonso y Calera....pág 36 y ss.

²⁵³ Messineo, Francesco: “Manual de D Civil y Comercial”. Trad de Santiago de Sentís Melendo, tomo 2. Ed jurídicas Europa – América. Bs As 1954 distingue la finalidad de la función económica, siendo la primera noción

la sociedad y se recoge gramaticalmente por la frecuencia de su uso dando lugar a la clasificación de contratos nominados –que pueden no estar regulados y por tanto no ser típicos-. Los contratos que en el Derecho Romano tenían un nomen eran los contratos verbis, litteris, re y consensuales (en orden de aparición). En un principio era la forma lo que generaba un nomen, que luego, con la espiritualización de la vinculación contractual se apoyó en una causa vinculante y finalmente en consentimiento puro. Creemos que así ha de completarse al evolución.

Cuando la Doctrina y Escuelas fueron teorizando la figura contractual, el nomen –noción gramatical con reducida regulación procesal- fue sustituida por la de tipo, que involucra una regulación por los elementos y la función económico – social.

Gastaldi²⁵⁴, Mosset Iturraspe²⁵⁵, Compagnucci de Caso²⁵⁶, Vallespinos²⁵⁷ Stiglitz²⁵⁸ fijan la tipicidad como adecuación a la regulación legal clasificatoria del contrato en razón de la función económico-social del mismo.

la que determina el tipo. Betti estima que la estructura del negocio se refiere a los elementos forma y contenido en tanto la función se refiere a la causa

²⁵⁴ Gastaldi José María: “Contratos”, Abeledo Perrot. Bs As 1997 aclara que los contratos nominados e innominados del 1143 son hoy los contratos regulados o típicos pudiendo la ley nominar sin regulación o por el contrario regular sin nominación. En caso de los típicos, la regulación ha de ser expresa, completa y unitaria.

²⁵⁵ Mosset Iturraspe, Jorge: “Contratos”. Rubinzal Culzoni Edbs As 1998 y Mosset- Piedecabras. “Contratos. Aspectos Generales”. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe 2005. vincula la utilidad de la causa por su función calificadora de la tipicidad, ilicitud, frustración del fin del negocio (que nace en el D inglés: Ray) sigue a Videla Escalada y Rezzónico y Compagnucci de Caso. explica que si bien tipicidad y nominalismo se emplean como sinónimos pueden distinguirse. Del mismo modo aún cuando pueda identificarse tipicidad con jurídico, no puede concluirse que lo atípico sea antijurídico y de estas premisa concluimos que el legislador estructura los contratos típicos

²⁵⁶ Compagnucci de Caso, Rubén H: “La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad”. LL 1985-A-1009.

²⁵⁷ Vallespinos, Carlos G (Director): “Contratos. Presupuestos”. Advocatus. 1999 entiende que el tipo es la función facilitadora, delimitativa que involucra un juicio de subsunción dentro de los criterios clasificatorios sin que sea necesario regular siempre las cuestiones novedosas que pueden solucionarse a través de las normas generales. Los tipos se resuelven atendiendo a la finalidad económico – social del negocio jurídico, en tanto los atípicos como subespecie del tipo y los mixtos por posibilidades intermedias. Las funciones determinantes del tipo son para el autor: cambio de titularidad, transferencia de uso, garantía, custodia, colaboración o gestoría, colaboración asociativa -o en redes-, de recreación, entre otras. Para Stiglitz expone la tipicidad como el criterio actual atribuible al art 1143CC. Ejemplifica con la cesión y la permuta, los casos en que la remisión o regulación no es completa o unitaria no pudiendo concluirse en un tipo propio y específico. Recoge el concepto de Mosset Iturraspe de tipicidad social que el uso frecuente en el tráfico negocial le da estructura constante y nombre específico. Podemos decir entonces que la caracterización de los elementos del contrato determinan su tipología.

²⁵⁸ Stiglitz, op cit. Pág 143. clasifica a los atípicos como puros (estimatorio, agencia, concesión privada, espectáculo, reserva de uso de espacios aéreos) y mixtos o complejos (con elementos de varios contratos típicos, tales como garage, hospedaje). Siguiendo al último autor descartamos que las uniones de contratos o contratos con prestaciones de otro puedan entenderse como contratos atípicos. Los atípicos han de regularse de acuerdo a las normas de los contratos típicos compatibles con la finalidad jurídico-económica, normas generales de las obligaciones y contratos, leyes análogas (art 16 CC) y la costumbre (art 17 CC)

En la doctrina Europea (Geste Alonso y Calera) y nacional (Bueres, Garrido Zago), se ha sostenido que la esencialidad de la entrega en los contratos reales es un requisito o elemento del tipo justificado porque la caracterización de un tipo contractual se basa en las cualidades de sus elementos (estructura) y en la finalidad o función (causa en esta acepción específica).

En razón de nuestra filiación a las doctrinas que ubican la voluntad y a la causa como elementos propios del acto jurídico y por tanto como presupuestos del contrato, creemos que la entrega de la cosa, altera la consensualidad como única causa-fuente, esencial e insustituible de todo contrato y agrega un elemento con una pretendida igualdad constitutiva, que nublan la consensualidad que ha de ser connaturalmente constitutiva de todo acuerdo. Dicha entrega, carece de finalidad propia –pues no se entrega “para” que se restituya sin que “genera la obligación de restituir”- y aislada, queda fuera de la función contractual, sin explicación alguna, pues en realidad se entrega para custodia, en garantía, en concesión de propiedad o uso. No obstante, en el estado legal actual, no hay duda que la entrega de la cosa es constitutiva al modo del consentimiento, pero es éste el que conlleva la finalidad.

La entrega –en estricta justicia- ha de manifestar el consentimiento, no desplazarlo, de tal modo que las formalidades o causa son legítimos en tanto explicitan el acuerdo voluntario. Si la entrega es constitutiva y el contrato no es exigible sin ella, esa causa –para algunos “forma”-, quita valor al consentimiento y así, debiendo ser la entrega causa de la obligación de restituir o explicándose la restitución por la entrega, es en cambio causa del acuerdo. La entrega resta valor al consentimiento haciéndolo insuficiente.

Por el mismo motivo –siendo causa y consentimiento elementos propios del acto jurídico- lo que determina el tipo es la función jurídico – social que, como noción del contrato según concluyésemos, permite la regulación autónoma de los contratos. De allí que los contratos reales no configuran un tipo sino en cambio, una categoría o clase de negocios que admiten a su vez tipos contractuales tales como el depósito, comodato, mutuo, prenda, anticresis y contrato de renta vitalicia que no es nuestra actual intención abordar en particular.

El acuerdo propio del contrato real y las obligaciones que de él nacen tienen por finalidad en los términos actuales de la ley “concesión de uso, guarda, garantía o préstamo de dinero a ser restituido sin contraprestación en algunos casos o a título oneroso en otros”. La entrega de la cosa es hoy causa fuente del acuerdo al modo del consentimiento, en tanto proponemos que su lugar ha de ser el de ejecución de la prestación del comodante, depositante, deudor

prendario o anticrético, mutuante o constituyente del contrato oneroso de renta vitalicia, quienes cumplen su prestación correspondiente a la obligación de entregar.

La falta total de la causa provoca la inexistencia²⁵⁹ –en la simulación absoluta- en tanto la falta aparente de causa así como su falsedad e ilicitud, provocan la nulidad del contrato correspondientemente. Hicimos la distinción respecto al error o ilicitud del objeto que, en tanto elemento objetivo –la causa es subjetiva-, determinan también la nulidad.

Por otra parte admitimos el brillante razonamiento de la autora en tanto coincide con un análisis del régimen actual vigente –la entrega como elemento de tipo- pero agregamos, “de cada uno de los tipos dentro del género contratos reales” pues el tipo es determinado por la función jurídico- práctica y no como género. Cambiamos el tipo genérico “contratos reales”, por el tipo específico de depósito, mutuo, prenda, etc que constituyen cada uno de ellos tipos diferentes y únicos y en los que la entrega de la cosa no tiene caracterización alguna pues es la causa fuente del negocio y de la obligación de restituir y no es en cambio, elemento de tipo.-

Proponemos se derogue la categoría de los contratos reales con fundamento en la NATURAL valorización del consentimiento como única causa fuente obligatoria sin necesidad de causa añadida la que, en tanto finalidad -como ingrediente del consentimiento-, ha de ser justa, lícita, manifiesta (o al menos existente y demostrable) y verdadera (Pothier) y cuya nota (gratuidad-liberalidad u onerosidad-prestación) corresponden al análisis del contrato y régimen aplicable, no así a la justificación o eficacia obligatoria.

Si el elemento causa se refiere a que la entrega es concebida como causa fuente, tenemos que sugerir su notoriedad en este sentido pues la datio “genera” la obligación de restituir y no en cambio “se hace para obtener la restitución”. Es decir que para nosotros asume el rol de causa fuente de la obligación de restituir.- La finalidad de la datio reiteramos, es conceder el uso, la propiedad del dinero, la seguridad de una garantía, etc.-

En esta línea discursiva, el principal argumento de razón para la supresión de la causa como complementaria del consentimiento lo constituye la existencia de los contratos gratuitos en

²⁵⁹ Por la tesis de la inexistencia, Compagnucci de Caso... El Negocio, pág 331 y ss, que la hace extensiva a la relativa.

los que la falta absoluta de una previa prestación obligatoria, provoca la desaparición de la categoría de los innominados romanos²⁶⁰.

La teorización de la causa fin como explicitación del consentimiento, significa un añadido al mismo no por su insuficiencia²⁶¹, sino en la exigencia que la finalidad exista, sea justa, verdadera y lícita pues la causa, finalidad o motivo es connatural al actuar inteligente del hombre que se conduce por sus fines.-

Llega el momento de separar claramente en orden a la demostración de las hipótesis, la onerosidad y gratuidad, de la unilateralidad y bilateralidad para observar que los contratos reales no son siempre gratuitos según lo ya apuntado en la nota anterior, de acuerdo a lo regulado por el codificador, ni siempre unilaterales.

La onerosidad o gratuidad tiene que ver con las ventajas que obtienen ambas o sólo una parte respectivamente en atención a la causa contrahendi con o sin sus correspondientes sacrificios.

La unilateralidad o bilateralidad en cambio, hace a las prestaciones que surgen –a cargo de una o ambas.-

En cuanto a lo último, los contratos reales se tienen por unilaterales partiendo de la base que la entrega es presupuesto del contrato. Si consideramos a tales contratos como consensuales, la entrega sería ejecución de la obligación de entregar a la que se contrapone la de restituir y por tanto tales contratos devienen bilaterales.

Los contratos reales son hoy siempre unilaterales y pueden ser gratuitos u onerosos. Derogándose la categoría serían bilaterales pudiendo ser gratuitos u onerosos. Pueden en cambio existir contratos reales en los que el sinalagma es imperfecto como en el comodato en que eventualmente el comodante deba al comodatario los gastos conservatorios y necesarios.

1. j. Finalidad e interés:

No se nos escapa no obstante que la obligatoriedad de la entrega –que ya conceptuáramos como causa fuente de los contratos reales-, reviste matices particulares y de gran relevancia:

a) Los contratos reales gratuitos, establecidos en el puro interés del que recibe la prestación o a favor de quien se instituye la ventaja sin sacrificio por su parte, importan por lo mismo una

²⁶⁰ Respetamos la opinión contraria de Geste Alonso y Calera que en este punto amalgama el concepto de causa fuente y causa fin.-

²⁶¹ Geste Alonso y Calera (op cit). Por lo mismo el depósito y el mutuo pueden ser onerosos.

facultad para la parte que soporta el sacrificio correspondiente: así en el comodato, mutuo gratuito, y prenda o anticresis otorgada por un tercero. Si son pactados en beneficio del comodatario, mutuuario, acreedor prendario o anticrético, se dice que la entrega no puede ser exigida coactivamente.- Por ello se concluye afirmando que el preliminar no obliga.

b) El depósito gratuito es contrariamente, en interés exclusivo del depositante y no del depositario como en el resto de los contratos reales gratuitos, sin embargo la conclusión es la misma pues en todo caso no puede exigirse al depositante la entrega obligatoria forzada ni el depositante imponer coactivamente la entrega.

b) En los onerosos, como el beneficio es pactado con sacrificio correspondiente, proponen algunos que podría exigirse la entrega validándose estos preliminares. Veremos las distintas propuestas:

Coherentemente con lo que hemos pronunciado acerca de la entrega de los contratos reales, creemos que el acto de entregar expresa la voluntad del autor al modo del consentimiento tácito –art 1145 CC-, entrega que por tanto es fuente tanto del contrato real como de la contraprestación de restituir la cosa.

La función jurídico - social del contrato real es en cambio en prieta síntesis -pues no es del caso abordar cada contrato real en particular-: la guarda (en el depósito), la concesión gratuita del uso (comodato), la obtención de un préstamo dinerario (mutuo) y la garantía (prenda y anticresis) y ambas obligaciones –unida la entrega a la de restituir-, integran el contenido del acto o negocio jurídico con una función económico-social propia que es la causa fin del acto o negocio jurídico.

No obstante las conclusiones, nos permitiremos hablar del “tipo de contratos reales” haciendo referencia a esta clase genérica de contratos que hoy por su regulación normativa admite su propio tipo genérico particular.

1. k. Frustración del fin del contrato:

La frustración de la finalidad del acuerdo –apuntada supra- en tanto función jurídico - social propia de estos contratos resulta eficaz solución para impedir la obligatoriedad de la entrega en caso de derogarse la categoría, provocando la revisión del contrato a efectos de nulificar la

obligación de entregar solo consenso la cosa objeto de un comodato, mutuo gratuito, depósito gratuito, prenda o anticresis gratuita en el supuesto de su conversión meramente consensual.

Siguiendo a Rivera conforme lo anotáramos, distinguimos la causa fin estática e inicial, de la finalidad económico-social, por tratarse de un concepto dinámico y sobreviniente²⁶². Augusto Morello lo asocia a la utilidad, interés y expectativas concretas, en consideración a las particularidades del contrato²⁶³. Mosset Iturraspe²⁶⁴ marca como cimiento, la necesaria conjunción de justicia-utilidad en tanto “pérdida del sentido y razón de ser de la prestación” Su fundamentación legislativa, ante la ausencia de previsión específica, se asienta para importante doctrina en la imposibilidad relativa de pago –Llambías, Lafaille, Colmo, Cazeaux, Trigo Represas- o en la segunda parte del art 1071 respecto al abuso de Derecho, así como en la base jurisprudencial dada por la Corte Suprema de la Nación en el caso “Colalillo”, Fallos 238-550: “Es injusta e irrazonable una solución que prescinde del objetivo económico del contrato con evidente desprecio del resultado final de la interpretación”. El Proyecto de unificación de 1987 sugería alargar la redacción del art 1197 con la siguiente previsión: “si las circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración, y fueron aceptadas por la otra o lo hubieran sido de habersele exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución”, orientándose en la equiparación con la teoría de la imprevisión, que diferenciándose, atiende las circunstancias desequilibrantes en tanto fenómeno objetivo, dejando de lado los intereses subjetivos. Se trata de un riesgo o albur sobreviviente durante la fase dinámica o de ejecución o “vida” del contrato válido, distinto al caso fortuito, que las partes pueden preveer; que la parte perjudicada –eventualmente- puede incorporar una cláusula que posibilite una solución adecuada a través de la previsión de una contraprestación; y que el riesgo o alteración sea de una magnitud tal, que produzca imposibilidad económico-financiera o frustración del contrato. La frustración de la finalidad sobreviviente puede distinguirse perfectamente de los vicios del contrato pues los últimos se refieren a defectos iniciales, correspondientes a la estructura estática del negocio jurídico, así como del caso fortuito o fuerza mayor, del error y de la cláusula resolutoria. La tarea de restablecer el equilibrio es propia de los jueces o árbitros o de las mismas partes y plantea, para el autor que seguimos, un tema de revisión, aunque las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires 1991) hayan concluido que habilita el ejercicio de la acción

²⁶² Rivera, “El Negocio”... pág 923.-

²⁶³ Morello, Augusto: “Ineficacia y frustración del Negocio”. Platense. La Plata. 1975, pág 287.-

²⁶⁴ Mosset Iturraspe, J y Piedecabras Miguel A: “La Revisión del contrato”, pág 313 a 398

resolutoria mas no da lugar a la revisión.- Los Proyectos del 87, 1993 de la Cámara de Diputados y el Proyecto de 1998, plantean igualmente la solución por vía de la resolución²⁶⁵.

2.- El consentimiento:

El consentimiento es la causa fuente del contrato. Esto es lo que, en otras palabras, afirman los autores cuando dicen que la sumatoria de las voluntades manifestadas por las partes, constituyen el consentimiento, que es el origen del contrato.- Es la manifestación, expresión o declaración de voluntad, en que encontramos dos momentos: la formación interna y su respectiva exteriorización.²⁶⁶

Algunos autores ponen el acento en el aspecto externo de la relación y sostienen que el consentimiento “es la declaración o exteriorización de voluntad unilateral ²⁶⁷ que formula cada uno de los contratantes”

Coincimos con el Dr. López de Zavalía en que el consentimiento es la “suma de voluntad y exteriorización”²⁶⁸ que, consta de un lado interno (la decisión anímica e interna) y un lado externo por el cual la voluntad se exterioriza (art. 913 C.C).

²⁶⁵ Recordemos que la ineficacia funcional engloba a la revocación –propia de los actos unilaterales-, la rescisión –por voluntad de las partes bilateral o unilateralmente en caso de previsión- y la resolución –ante el acaecimiento de acontecimientos sobrevivientes. Vid Rivera, Lloveras de Resk, Mosset Iturraspe, López de Zavalía. Cifuentes.- A propósito de la distinción del significado de la rescisión en la historia –para los casos de actos nulos- y en la doctrina extranjera –para el caso de inequidad- vid Compagnucci de Caso, El Negocio... pág 501 a 508.-

²⁶⁶ SPOTA, Alberto G. “Instituciones de Derecho Civil. Contratos”. Vol.I, Depalma. Bs.As.1982.-

El autor expone que en el Esboco de Freitas, que es la fuente inmediata de la norma que citamos, se consideraba la existencia de dos elementos del hecho voluntario: a) *el hecho exterior o elemento material*, sin el cual sólo existe un hecho interior que nadie puede conocer mientras no tenga traducción en signos sensibles, y b) *el elemento moral*, consistente en que el agente practique el hecho con discernimiento, intención y libertad.

El art. 913 de nuestro Código se refiere a los hechos exteriores por los cuales la voluntad se manifiesta. El art. 914 precisa que ellos “pueden consistir en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado, o simplemente en la expresión positiva o tácita de la voluntad”. Lo que significa, en otros términos, que la manifestación puede tener lugar sea de un modo directo, sea de un modo tácito, como en este segundo caso, mediante la ejecución, por una obra, lo que conducirá, si hubieren sido aceptados por la otra parte, a la prueba - por ejemplo-, del contrato de locación de servicios o de locación de obra (art. 1191, in fine).

²⁶⁷ SPOTA, op. cit.-

²⁶⁸ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando “Teoría de los contratos”. Tomo I. Depalma. BsAs. 1984. El autor refiere a la alusión exclusiva al lado interno del consentimiento que parece desprenderse de los arts. 1145, 1147 y 1157. Asimismo, del art. 1144 resulta que el consentimiento debe “manifestarse” por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra, de donde parece inferirse que se entiende el consentimiento como la voluntad interna y a su vez es de cada una de las partes, es decir unilateral.-

En una segunda apreciación el consentimiento puede aludir a la voluntad de una sola parte o persona o bien a la coincidencia de ambas o todas las partes de un acuerdo jurígeno.-

El Dr. López de Zavalía en su citada obra sobre el contrato, define su naturaleza jurídica como la suma de las voluntades de todas las partes.-

Para el Dr. Spota, “la conjunción” de declaraciones o declaraciones coincidentes de voluntad unilateral de cada uno de los contratantes importa el consentimiento contractual”.-

Decir que el consentimiento puede importar como bien surge de lo expuesto, declaraciones bilaterales -o más propiamente plurilaterales pues en los acuerdos de voluntades puede haber dos o más- se refiere a la órbita de los contratos donde cada uno es “dueño” de su propia voluntad, pero sin conjunción con el querer del co-contratante, no hay contrato²⁶⁹ .-

Obviamente en el campo del Derecho -relación debida de justicia-, nos encontramos con el “apriori” del ingrediente esencial de la alteridad, por lo que interesa que las declaraciones de voluntad se encuentren con el otro polo de la relación, que hagan mella en un “otro”, de lo contrario podríamos decir que al Derecho “no le interesa”. El encuentro puede diferirse en el tiempo pero no frustrarse, y excepción hecha, claro está, de la resonancia jurídica de la virtualidad obligatoria de las declaraciones unilaterales de voluntad.

En tal sentido, se ha dicho, que tales declaraciones deben dirigirse a la otra parte (carácter recepticio) e integrarse recíprocamente en el “negocio jurídico unitario que es el consentimiento”.- Es decir que el consentimiento es la conjunción de voluntades de los extremos interesados en la relación jurídica.-

Cabe por tanto reparar en el problema de la posibilidad vinculante o potestad obligatoria de las declaraciones unilaterales de voluntad.¿Son las declaraciones unilaterales de voluntad fuente de obligaciones?

El polémico punto tiene interés previo y tangencial y estriba tal vez en lo ya expuesto acerca de la relación de Derecho, que como relación de justicia, requiere esencialmente el ingrediente de la ALTERIDAD²⁷⁰, lo que ha confundido la solución de la posibilidad de

²⁶⁹ En tal sentido la definición del Diccionario: “Der. Conformidad de voluntades entre los contratantes, sin lo cual un contrato no puede ser válido. Salvat. Diccionario Enciclopédico. Salvat Editores S.A. Barcelona. España. 1968.-

²⁷⁰ Por lo mismo que las conductas humanas relacionadas exclusivamente por el autor, son tema de la moral (perfección del actuar o bondad del acto), psicología (equilibrio o salud psíquica), lo que exceden nuestro trabajo.-

exigir jurídicamente el cumplimiento de obligaciones resultantes de declaraciones unilaterales de voluntad no consentidas o aceptadas por la otra parte.-

Como sabemos, para la edición comentada de Spota en nuestra nota de pie, los siguientes casos son vinculantes como derivados de declaraciones unilaterales: la oferta contractual irrevocable o por un lapso, títulos a la orden o al portador, caución real o juratoria, contratos por concursos o licitación, promesa unilateral de pago, reconocimiento de deuda, fianza como acto unilateral, promesa unilateral de donación.

Alterini²⁷¹ especifica o agrega: la oferta a término o irrevocable, en el derecho de consumo, promesa de recompensa (2536CC), donaciones y legados para fundaciones (1806 y 3735CC), títulos al portador, oferta a persona indeterminada, títulos valores, garantías a primer requerimiento, y los propios actos precedentes. Excluye al testamento que requiere la aceptación del heredero.-

Wayar²⁷² por su parte, sigue a Caseaux y Trigo Represas para quienes sin aceptación no hay acreedor, y sin éste no hay obligación, pese a lo cual se pronuncia a favor del reconocimiento de la fuerza vinculante obligatoria de las declaraciones unilaterales de voluntad citando como tales: las ofertas al público (con apoyo en el 499, 1197 y 1198 CC -y no obstante el 1148 CC o 454 C de Comercio- que obligarían a aceptar las ofertas que se sigan del anuncio), la recompensas ofrecidas por hallazgo de cosa extraviada, las donaciones a fundación, promesa de fundación, y en ámbito del Derecho Comercial la emisión de títulos de crédito, los actos cambiarios en particular como la aceptación de una letra, endoso, aval, etc.-

Párrafo especial merecen las excepciones que en esta materia establece la ley de defensa del consumidor 24240 y modificatorias²⁷³, en tanto la voluntad unilateral resulta vinculante para su autor, aún cuando fuese hecha a personas indeterminadas en el caso de ofertas al público.

Tema aparte de las normas sobre exteriorización del consentimiento -oferta y aceptación-, es el momento de perfección del consentimiento, en los contratos entre presentes o ausentes, ajenas todas al estudio que nos ocupa.-

²⁷¹ ALTERINI, a y ot. "Derecho de Obligaciones". Abeledo-Perrot . Bs.As.1998.-

²⁷² WAYAR, Ernesto C "Obligaciones". Depalma. Bs.As.

²⁷³ 26361 y Decreto 565/2008.

Habiendo hecho repaso fugaz sobre las nociones básicas sobre el consentimiento, concluimos que:

1. Para los casos de declaraciones unilaterales de voluntad legalmente establecidos: el consentimiento es obligatoriamente vinculante para el emisor.
 2. Caso de voluntades contractuales, es decir declaraciones bi-o plurilaterales:
- Respecto a la declaración de voluntad común del art. 1137, recientemente se ha dicho que a la par de la voluntad como factor de atribución negocial se encontrarían la buena fe, la apariencia, autorresponsabilidad del agente, etc (cfr. infra II).- No obstante la jurisprudencia repetidamente declara que inexorablemente debe existir consentimiento para que haya contrato²⁷⁴.
 - El consentimiento remite al tema de la FORMA de los contratos. El consentimiento como declaración o expresión de voluntad está estrechamente unido a la FORMA en que esa voluntad sea expresada. De igual modo el tema de la FORMA remite al tema del “continente”, esto es, el DOCUMENTO.-

En el tema de los contratos reales, reiteramos en este apartado las tendencias que identifican la datio-rei “con el consentimiento, o con la forma de la declaración de voluntad”. Con el consentimiento en el sentido de expresión tácita de la voluntad que desde esa óptica concluye identificándola con la causa fuente del acuerdo.- Respecto a la entrega como forma, lo analizamos supra –en el marco teórico- e infra -en el punto siguiente.-

Conclusiones sobre el CONSENTIMIENTO

- es requisito de existencia del contrato (art1254 CC Esp: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra y otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio” -consentimiento obligatorio-. En el Proyecto español de 1851 está

²⁷⁴CNFed. Civil y Com., sala III, Nov. 3-992-Sancor Coop. de Seguros Ltda. c. Somisa y otros. LL, 1993-D,34 y conf. Ref. María J. Azar, op. cit

legislado como “requisito de validez” y por ende susceptible solo de anulación tal como actualmente se sanciona la falta de los demás elementos.- Para nosotros, el 1137CC.

- Desde el imperio del consensualismo como fuente obligatoria, los CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS y NUDO PACTO tienen igual fuerza, excepto que el pacto se refiere al acuerdo añadido.
- Es en sentido POSITIVO elemento necesario para la vinculación de las partes en todo tipo contractual o elemento de perfección del contrato; y en sentido NEGATIVO elemento de perfección del contrato pero insuficiente para producir el efecto querido en los contratos reales²⁷⁵, lo que es resabio del derecho romano.- Para Gete Alonso y Calera según anotáramos supra, la entrega de la cosa es índice de tipo en cada uno de los contratos reales – no de la clase pues el tipo surge de la función jurídico- social de cada tipo de contrato, requisito que no tiene igual valor que el consentimiento pues importaría la existencia de dos conceptos de contrato, cosa de todo punto de vista inadmisibles. Nos permitimos disentir. Pensamos que la entrega es causa del contrato al modo del consentimiento, al que suple y representa, por ello conforma una categoría opuesta a los consensuales.-

Para el Derecho Español (Gete Alonso y Calera) , es medio técnico de incorporación del objeto y la causa: 1262, 1 CC Esp: “El consentimiento se manifiesta por el consenso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa...y sobre la causa”. La falta de los primeros provoca la inexistencia o nulidad del contrato pero la causa puede constar por acuerdo separado, no así el objeto. La inexistencia, falsedad e ilicitud de la causa provocan la inexistencia del acuerdo causal, no del contrato.- El error en el objeto en cambio, sólo afecta la validez (anulabilidad) no la existencia a menos en caso del error sobre la identidad del objeto -no cualquier disenso; todos temas que por lo demás son harina de otro costal. Extraemos igualmente la estructura de los tipos consensuales que se integra por el consentimiento, objeto y causa, en tanto los tipos reales, se conforman por el consentimiento, objeto, causa y entrega, siendo ésta elemento de tipo de tal modo que su inexistencia indica inexistencia de tipo, no del contrato.-

Nosotros entendemos que los elementos del contrato son la forma y el contenido (podemos llamarle objeto con las diferencias que señaláramos). La causa la tomamos como elemento genérico de todo acto jurídico así como la declaración o consentimiento contractual. Si

creemos sin embargo que el consentimiento amalgama el acuerdo respecto a los restantes elementos del contrato y de las obligaciones que de él surgen que son la forma y el contenido. Para la autora de nota, el acuerdo de la causa es extrínseco al contrato por lo que el resultado es el mismo. Ya dijimos que respecto al tipo, éste se determina por su función jurídico – práctica de donde se corresponde con la función propia de los contratos onerosos o gratuitos. La finalidad de concesión de uso, de guarda, garantía, etc; es finalidad propia del contrato aunque pueden predicarse de las obligaciones. En nuestra modesta opinión, la entrega no es ingrediente de tipo sino presupuesto de existencia de los contratos reales y por lo mismo, no cabe, sin fraudem legis, realizar acuerdos consensuales de comodato, mutuo, depósito, prenda, anticresis u oneroso de renta vitalicia.

3 .- La forma:

Es claro que la “forma”, tiene igual raíz que “formación”. La formación de un acto jurídico es justamente aquello que determina su contenido, de tal manera que lo configura esencialmente. Llambías denomina forma “esencial” al sentido genérico de forma: manera como se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin jurídico propuesto. Y lo distingue del de forma “legal” del art. 973²⁷⁶. Observamos la equivocidad del calificativo de “esencial”, ya que con él se suele aludir también a las formas solemnes (absolutas o relativas, con función constitutiva; esenciales o viscerales al acto o contrato).²⁷⁷

EL Dr. Ghersi²⁷⁸, refiere que el contrato como acto jurídico bilateral posee siempre una “forma”, en cuanto es “manifestación exteriorizada de un acto voluntario” -art.913 y remisión del 1182 CC, a las normas sobre las formas del acto jurídico en general y que son de

²⁷⁵ Gete Alonso y Calera, op cit: art 1258 CC Esp: ”Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan. Excepciones: 1740 –mutuo y comodato-; 1758/63 –depósito- 1863 –prenda, en los que la entrega es elemento tipológico necesario

²⁷⁶ ob. cit., p. 390

²⁷⁷ López de Zavalía, ob. cit., ps. 182 y su nota 4

(Mendez, op. cit)- Entiende la autora que la función de las formas solemnes es constitutiva y obviamente también probatoria en estos casos. La misma exigencia de forma puede también mostrarse como presupuesto de publicidad (v.gr., su posterior inscripción en el registro de la Propiedad), concluyendo que los contratos sujetos a estas cargas de forma son los agrupados como contratos formales (compraventa: art. 1184; donación: art. 1810; etc.) La evolución se produjo ya en el derecho romano en virtud de los contratos *bona fide*. A ese sistema de la libertad se le oponen resortes más o menos rígidos en relación a ciertos actos y en consideración a su importancia social.

aplicación a los contratos. Contractualmente conceptúa a la forma –citando al español Sancho Rebullida- como “aquellas circunstancias, que se conectan técnicamente a la realización del consentimiento, que como hechos extrínsecos puedan acompañar al contrato”.- Garrido-Zago, citan a Osorio²⁷⁹ cuando define a la forma como a la “figura, apariencia exterior de las personas y cosas” y a la forma de los actos jurídicos como “los requisitos o solemnidades que acompañan o revisten a los actos jurídicos y que son específicamente determinadas por la ley ...(en algunos casos). En determinados supuestos, también especialmente previstos, su omisión puede acarrear hasta la nulidad del acto”. En consecuencia, la forma son los requisitos o solemnidades que revisten o caracterizan a los diferentes actos jurídicos. Es la parte externa la que se ve, el continente.

Las formas previamente determinadas pueden ser establecidas como solemnes –sustanciales o constitutivas- o ad probationem-.

Se trata, además entonces, de la exteriorización de la voluntad y en consecuencia podemos concluir que por forma del acto jurídico debemos entender los medios por los cuales se exterioriza la voluntad jurígena, sin perjuicio de los supuestos en los cuales la ley o la convención haya exigido un específico medio de exteriorización de la voluntad.

En consecuencia, entendemos por forma de los actos jurídicos todos los medios de declaración de la voluntad por los cuales éste se exterioriza (art. 913), ya adoptado libremente por el autor o los autores de esa manifestación de voluntad (974) –libertad de formas-, ya impuesta por la ley o convenida por las partes (art. 975) a los fines de probar el acto jurídico o, excepcionalmente, como requisito esencial de este último en cuanto a su existencia o validez (arts. 975 a 978).

Para Cristina L. Méndez de Fassi²⁸⁰ -en cita a Mesineo-, la forma “es el medio con el que se pone en ser la declaración de voluntad, o sea, es el aspecto exterior que ésta asume”; “es

²⁷⁸ Ghersi, Carlos A: Contratos Civiles y Comerciales. Parte Gral y especial .Tomo 1. Astrea.

²⁷⁹ Diccionario..., P. 325 Recuerda que para De Gásperi, “La forma puede ser concebida como el molde en que la voluntad sustancial del acto se vacía y se hace sensible, adquiriendo un sentido, mediante el cual pueden los terceros reconocerla, ponderar sus alcances y prever sus consecuencias”. Agregamos que en la nota al art.551, Apr. CC paraguay, dice: “consagra una verdad elemental de que, aún siendo la intención el elemento psicológico vertebral del acto voluntario, no es tomada en consideración por el derecho en tanto se mantenga inexpresiva en el mundo interior del agente”.-

²⁸⁰ STIGLITZ, Rubén S. “Contratos” . Teoría General. Tomo I. Depalma- CRISTINA L. MENDEZ DE FASSI.- LA FORMA DEL CONTRATO, pág 381 y ss.-

elemento indispensable que, en cierto sentido, se identifica con la declaración de voluntad²⁸¹.

Entiende la autora que no se puede hablar significativamente de contenido sin forma ni de forma sin contenido. Ambos están consustancialmente ligados a la existencia misma del acto: forma es “el contenido del acto desde el punto de vista de su visibilidad”²⁸². El contenido, es “lo que se dice en el contrato”, y la forma “el cómo se lo dice”²⁸³: modo hábil de realización de la manifestación negocial²⁸⁴, sosteniendo que el concepto de forma rige para cualquier rama del derecho, público o privado –aunque funcionalmente por regímenes distintos-.

Según Borda²⁸⁵ la forma era un elemento esencial del acto: en los pueblos de cultura media poco desarrollada, el formalismo, además de su sentido simbólico, se proponía impresionar fuertemente el recuerdo de los testigos, que después habrían de servir de prueba de la realización del acto y que luego, -según enseña la Iglesia Católica dice-, propugna la buena fe que impone el cumplimiento de la palabra empeñada y no eludir la consecuencias de los propios actos so pretexto de la omisión de tal o cual detalle formal. Mas tarde, cuando el tráfico comercial se hizo más activo, resultó indispensable aligerar las transacciones de los obstáculos formales que pesaban sobre ellas, y finalmente, el aumento de la cultura general trajo la difusión de la escritura como medio de prueba, hizo innecesaria las formalidades que tendían a impresionar el ánimo de los testigos, así como que actualmente impera como principio el de la libertad de las formas basta el consentimiento para que el contrato tenga plena fuerza obligatoria. Es el triunfo del consensualismo. Sólo por excepción la ley exige en algunos casos el cumplimiento de requisitos formales atendiendo no obstante que en el derecho moderno se ha advertido un renacimiento del formalismo. Este neoformalismo es distinto del antiguo; las formas se imponen sobre todo en miras a la prueba del acto y a su publicidad como a la protección de los terceros; pero la omisión no afecta, en principio, al acto en sí. En igual sentido Entiende Mendez de Fassi²⁸⁶ que la función de las formas solemnes es constitutiva y obviamente también probatoria en estos casos. La misma

²⁸¹ Autor cit., Manual de derecho civil y comercial, t.2, p. 382 –trad. Española-, Bs. As., 1954.

²⁸² En Llambias, Tratado de derecho civil. Parte general, T. II, p. 389, Ed. Perrot, Bs. As., 1961.

²⁸³ López de Zavalía, Teoría de los contratos. Parte general, p. 182. Ed. V. P. de Zavalía, Bs. As., 1971.

²⁸⁴ Barbero: “modo naturalmente idóneo, cualquiera que sea, como se hace la manifestación negocial” (en Mosset Iturraspe, Contratos, ps. 72/73, Ed. Ediar Bs. As. 1987).

²⁸⁵ GUILLERMO BORDA MANUAL DE CONTRATOS. 18 edición actualizada. Editorial Perrot. Año 1998.

²⁸⁶ Op cit, pág 381 y ss

exigencia de forma puede también mostrarse como presupuesto de publicidad (v.gr., su posterior inscripción en el registro de la Propiedad), concluyendo que los contratos sujetos a estas cargas de forma son los agrupados como contratos formales (compraventa: art. 1184; donación: art. 1810; etc.)²⁸⁷. Coincide Mosset Iturraspe²⁸⁸ y refiere a Carbonnier cuando califica a estas nulidades por “pura forma” de “absurdos aparentes”²⁸⁹. En el Derecho contemporáneo, a nivel universal, se habla con insistencia de un renacimiento del formalismo. Pero este pretendido formalismo moderno, no atiende tanto a la forma *ad substantiam*, prescripta para la existencia jurídica de la declaración, como a la forma *ad probationem*, requerida para la prueba en juicio. Ejemplos del nuevo formalismo, en el Derecho Privado argentino, menciona:

- a) La ley 23.091, de 1984, sobre locaciones urbanas, que en su artículo 1º dispone “deben formalizarse por escrito...”
- b) Ley de Defensa del Consumidor 24.240, artículos 10 y concordantes sobre la forma escrita y los extremos que la misma debe reunir para las ventas de cosas muebles en protección del consumidor adquirente.

Concluye Mosset Iturraspe que la formalidad del contrato puede provenir de un precepto o bien de un acuerdo de partes al respecto. Las partes pueden volver formales negocios que por la ley no lo son, (art. 1197). Pero no dejar de lado las solemnidades dispuestas por el legislador *ad substantiam* (interés público). Para que la forma prescripta por las partes actúe como condición de validez del contrato, debe claramente expresarse el acuerdo en tal

²⁸⁷ Llambías-Alterini, Código Civil anotado, t. III-A, art. 11186 –doctrina-, p. 113 Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As., 1982 La evolución se produjo ya en el derecho romano en virtud de los contratos *bona fide*. A ese sistema de la libertad se le oponen resortes más o menos rígidos en relación a ciertos actos y en consideración a su importancia social. Sitúa el supuesto de solemnidad pactada, en el previsto en el art. 1186 (acto no vale sin escritura publica), que expresamente impide la aplicación del art. 1185 –El art. 1185 fue intercalado con posterioridad: por él, el boleto es oponible al concurso o quiebra del vendedor. Respecto a la solemnidad pactada, explica que a pesar de que en la nota se dice que una cláusula de esa naturaleza debe ser considerada en orden a un aseguramiento de prueba del contrato, la cita que corresponde a Aubry y Rau ha sido truncada. Esta continuaba:”a menos que no resulte claramente de los términos mismos de la declaraciones, que tal ha sido la intención de las partes. En caso de duda se debe entender que el pacto de forma es *ad probationem*”

²⁸⁸ Mosset Iturraspe, Jorge. “Contratos”. Edición actualizada. Rubinzal Culzoni Editores.- El autor expresa que la finalidad del formalismo en los pueblos primitivos y en el Derecho Romano de la República era la de producir en los contratantes una impresión profunda, herir sus sentidos para hacer más duradero el recuerdo del contrato. La forma estaba dispuesta en beneficio de las partes. El Derecho moderno, a partir de la consagración del principio consensualista, recurre a la formalidad en consideración a la importancia social de los actos, medida por los efectos que de ellos pueden seguirse; a mayor importancia corresponde, en general, mayor rigor de forma.

²⁸⁹ ob. cit., t. II, p. 419

sentido²⁹⁰

El Dr. López de Zavalía, entiende que los elementos propios del contrato son la forma y el contenido. Forma y contenido son inseparables. Forma es la palabra hablada, escrita, la mímica, es el silencio mismo. Toda manera de expresar algo, es una forma.

El modo de expresar el consentimiento, es justamente a través de una forma que exteriorice el querer del hombre -no olvidemos que el Derecho tiene por objeto material la conducta humana²⁹¹-.

El Código Civil trae disposiciones relativas a la forma del acto jurídico²⁹² y otras en el Capítulo de los contratos²⁹³.-

Por otra parte, nos parece necesario distinguir *forma* -modo de exteriorizar el consentimiento o de manifestar la voluntad-, de *formalidad* -requisito legal que puede o no ser esencial, aunque es exigido para la realización del acto.

El testamento por acto o instrumento público -tal la forma-, conlleva la exigencia de una formalidad como es la presencia de testigos.- Desde este punto de vista, hecha la distinción, de todas las formalidades que prescribe el Código en el 973, son signo o manifestación directa de la voluntad de las partes, a saber: la escritura del acto -sea o no bajo la forma pública- o ante un oficial público que es un tercero-, la presencia de testigos, que importa la participación de voluntades foráneas totalmente.-

El punto es que en el derecho romano, las formalidades que se exigían, eran todas manifestación del consentimiento, la entrega de la cosa se tenía en cambio por causa de la obligación de restituir. La entrega de la cosa, si fuese interpretada no como causa sino como formalidad constitutiva de los contratos reales, sería y es, manifestación de las partes, exteriorización de su voluntad mediante la ejecución de lo que sería una de las prestaciones derivadas del mismo contrato. En estricto rigor de verdad, es ejecución y no formalidad.

²⁹⁰ Refiere Aubry y Rau (ob. cit., t. IV, 343, p. 293) a quienes Vélez recuerda en la nota al art. 1185. las formalidades impuestas por las partes “no hacen depender la eficacia del contrato del cumplimiento de esas formalidades, a menos que resulte claramente de los términos mismos de esa declaración circunstancias, que tal ha sido la intención de las partes”.

²⁹¹ Podemos distinguir en cada Ciencia, el objeto material -parte de la realidad que tiene por objeto-, del objeto formal -aspecto desde el cual estudia esa parcela de la realidad. Así, la psicología, antropología, el derecho, tienen por objeto la conducta humana, pero cada una la estudia desde su propio objeto formal -su equilibrio psico-afectivo, sus bases metafísicas, históricas, éticas; o su aspecto de deber ser respectivamente.-

²⁹² Sección II, Cap. II, LºII: arts.973 a 1036: abarcativas de las propias de los actos jurídicos, de los instrumentos públicos, de las escrituras públicas, de los instrumentos privados

²⁹³ 1180 a 1189 del Cap IV, Secc III del mismo Libro

Es decir que en ocasiones, el derecho positivo histórico, exigía que el acto se vea rodeado de solemnidades o formalidades que en el fondo de la cuestión, significan o quieren asegurar la voluntad de las partes y en otros casos el cumplimiento de una prestación actuaba como causa obligationis. El llamado consensualismo actual, no quita al acto o a la voluntad de las partes, la necesidad de una manifestación externa visible cual es la instrumental escrita en el marco del 1193, es decir que aún hoy, los actos de mayor envergadura económico-social, requieren de solemnidades exteriorizantes que reafirman la voluntariedad de las partes. Por último, las formalidades han pasado de ser signos de externalización del querer, para ser medio de publicidad y protección de los terceros.

Método del Código Civil.

En el Capítulo IV de la parte general de los contratos, con el subtítulo “De las formas de los contratos”, Vélez Sarsfield trae diferentes disposiciones, que corresponde sean estudiadas por separado y sucesivamente. Entiende Garrido-Zago con Salvat que se pueden agrupar los artículos allí contenidos de la siguiente manera:

- reglamentación de la ley aplicable, con relación a las formas, desde el punto de vista del derecho internacional privado. Dispone el art. 1180: “La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido”. El art. 1181 – respecto a los contratos celebrados entre ausentes- se inclina por la ley más favorable, según veremos;
- las normas generales de aplicación con relación a los contratos remite a lo dispuesto en cuanto a las formas para los actos jurídicos (arts. 1182 y 1183);
- enunciación de los contratos que deben ser hechos por escritura pública (arts. 1184 a 1188);
- efectos de la estipulación de una cláusula penal o arras o señal (art. 1189).

Conforme a esta sumaria división de temas, resalta Garrido Zago que según el contenido y alcance del art. 1182, la normatividad de los actos jurídicos campea como telón de fondo en

lo atinente a los contratos. Por otra parte, no solo están las mencionadas normas de forma genéricas para los contratos -1184 a 1189 CC-, sino que también en el tratamiento de los contratos en particular el Código trae directivas obligatorias como los arts. 1810 y 1811, para la donación; el art. 2006, para la fianza; el 2071, para la renta vitalicia, y el 1662, para la sociedad.

En consecuencia, siguiendo lo dispuesto por el art. 1182 –remisión a la forma de los actos jurídicos-, tengamos presente que el art. 973 dispone: “La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar”. No se trata, pues del conjunto de prescripciones de la ley, sino de las solemnidades que la ley exige y que son necesarias para la existencia del acto.

El art. 974, dispone: “Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes”, convalidando el principio de libertad de las formas: la autonomía de la voluntad, rige las solemnidades que debe revestir el contrato si la ley nada expresa al respecto.

Forma y datio en los contratos reales:

Entre quienes consideran a la datio como forma o formalidad del contrato, rescatamos la opinión de Paolo Forchielli²⁹⁴, que identifica la datio-rei con la forma solemne del contrato.-

Borda piensa por ejemplo que la entrega de la res en los contratos reales, es una formalidad. El Dr. López de Zavalía coincide en esta afirmación, subclasificando la formalidad de la entrega en los contratos reales, en solemnitate absoluta para el mutuo gratuito, comodato y depósito, por lo que el preliminar es de ningún valor, siendo válidos sólo para los onerosos quedando las partes obligadas a entregar. Para el Dr. Bueres, la entrega no es una formalidad, aunque arriba a similares efectos por vía de la conversión del negocio jurídico en el sentido que no se acepta el preliminar por falta de entrega para el mutuo gratuito y el comodato en

razón de la veda del Código para dar acción por tales preliminares por los artículos 2244 y 2256. Para este último autor, ante el silencio del Código respecto al depósito, renta vitalicia, prenda y anticresis, se aceptaría el preliminar por el artículo 16, que convalidaría la analogía del 974 y 1197, con el 1185 C.C.- Para el Dr. Borda y el Dr. Wayar, el preliminar es válido aún en el caso del contrato oneroso de renta vitalicia.-

Con argumentos que compartimos²⁹⁵, la entrega no es forma por cuanto la “realidad” del contrato se opone a la consensualidad y no a la formalidad. No obstante el art 3240 CC preceptúa que el contrato de anticresis sólo queda perfeccionado por la entrega de la cosa “y ninguna otra formalidad”, excepto que es formal solemne relativo por virtud del art 1184 inc 1. En sentido concordante el mutuo y comodato son reales (2242 y 2256) y no formales (2246 y 2263), concordantemente con el pensamiento del legislador que recogen las notas al 1141 y 1142.

La entrega no encaja por último en las solemnidades del 973.

Por todo ello concluimos que si bien la ley puede imponer mas o menos formalidades al consentimiento, la entrega de la cosa sólo conviene como formalidad esencial para los actos constitutivos de derechos reales, pues estos derechos, que importan relación directa persona-cosa -no ya persona-persona y por elipsis vinculación con los bienes-, sólo pueden ejercerse sobre la cosa. Obviamente la efectiva detentación de la cosa es necesaria para el ejercicio del mismo derecho. Por la conveniencia expuesta, a los efectos en cambio de la constitución de derechos reales donde el ejercicio de los mismos y por la vinculación directa con la cosa que conllevan, imponen como necesaria la tradición. En las legislaciones que no exigen la tradición constitutiva de los derechos reales, sino la transmisión solo consensu de tales derechos, se ha devenido un semillero de pleitos, como lo dice el mismo Vélez en la nota al art 577, debiendo recurrir urgentemente a la institución de los registros como medida complementaria constitutiva, tal el comentado caso francés.-

No ocurre así con los derechos personales, en que el cumplimiento de prestaciones de dar –en el caso que sean para transmitir el uso o para restituirlas a su dueño-, suponen entrega de la tenencia solamente, y por tanto, exigir la entrega como requisito constitutivo, excede las formalidades depuradas del siglo presente: para éstas, el solo consentimiento basta.-

²⁹⁴ Op cit, pág. 93

²⁹⁵ Bueres, op cit, pág 56 y sgtes.

El código al hablar del consentimiento trata la oferta y aceptación que, enviada, cierra el contrato (1154). No se incluye a la entrega como forma esencial sino para los contratos que tienen por objeto constituir o transmitir derechos reales (Cap. I, Secc. III, Libro II y 577).

En los contratos reales, también la ley asigna a la entrega valor perfeccionante, al modo del efecto real, lo que motiva que los autores defiendan la categoría pero en realidad es una imposición legal que no tiene conexión con la lógica-jurídica. Este es, una vez más, el punto.

Para los autores que han entendido la *datio rei* como forma (Mosset Iturraspe) o a la que se aplican en su defecto analógicamente las normas sobre la forma (López de Zavalía), la falta de entrega en los contratos reales importa solemnidad absoluta en los gratuitos, en tanto relativa en los onerosos.

De allí, la validez como Preliminar del acuerdo consensual en los contratos reales onerosos, pudiéndose exigir la entrega del mismo modo que las solemnidades legales relativas exigibles por conversión por virtud de los arts 1184/5.

Para quienes entienden la entrega como formalidad, resultan de aplicación los arts 1184/5 CC, relativos a la forma y que permite clasificar a los contratos en solemnnes absolutos y solemnnes relativos. Esta línea, propuesta en nuestra Doctrina por el Dr Fernando José López de Zavalía, seguida por Wayar, es aceptada por Bueres por el valor de la voluntad hipotética por sobre la concreta –conversión del negocio jurídico- y por el principio de analogía.-

Por lo expuesto, si bien tiene su lógica la tendencia residual de considerar la “causación” de la entrega como formalidad, desde que en realidad encuadra en la noción de causa según la clasificación aristotélica, ello no es posible dado el carácter esencial de la entrega constitutiva del acuerdo.-

La entrega nació como **causa** que diera origen a un nomen o tipo de contratos nominados y fue recepcionada como opuesta a los contratos consensuales y no como forma pues - los contratos formales se oponen a los no formales- en la que el criterio diferenciador es el consentimiento: reales vs consensuales, y por ende resultan inaplicables las normas sobre la forma. Por tanto, no procede la subsanación de algunos “pretendidos contratos reales de formalidad solemne relativa”²⁹⁶ que rige para el caso de contratos consensuales con forma

²⁹⁶ Entendemos que la clasificación de solemnidad relativa atribuida por algunos al Boleto de Compraventa, no es unánime según lo hiciésemos notar. Seguimos en esto la terminología empleada por el Dr López de Zavalía, op cit, pág.305 y ss.

solemne relativa, vg el Boleto de Compraventa inmobiliaria en que las partes se obligan a cumplimentar la formalidad debida de la Escritura Pública impuesta por el 1184 CC.

Si tal fuese el supuesto, podría el juez ante la falta de entrega, proceder al secuestro y consiguiente entrega al acreedor, del mismo modo que – basado en el art 1185- puede otorgar la formalidad de la escritura traslativa de dominio en caso de renuencia del obligado.

En este estado del análisis resta cerrar la idea: La entrega es causa fuente de la restitución o contraprestación y del mismo acuerdo –por virtud del art 1141 y concords- . No es por tanto FORMA del mismo sino causa esencial por lo que no pueden analógicamente aplicarse las normas de la subsanación de la carencia formal.

Esto quedará suficientemente aclarado si clasificamos las formas:

Las formas dijimos que podían clasificarse en solemnes y no solemnes, y dentro de las primeras, distinguimos las de solemnidad absoluta y relativa.

Cuando la forma es esencial ,puede decirse que es también causa del acuerdo (la “causa formal” de la que hablaba Aristóteles) en el sentido que, celebrado sin esa formalidad impuesta por la ley o por las mismas partes, el acuerdo no nace o no genera obligación alguna. Es en cambio esa formalidad relativa -cuando impuesta que estuviese y de no observarse la previsión al respecto- la que puede valer al menos como acuerdo que genera la obligación de observar la formalidad ausente (art 1185CC).-

Observemos la evolución que analizáramos supra: la “entrega-causa” se desplaza de la idea de solemnidad y causa nominal a la de “causalidad solo consenso” y luego a la idea de motivación desde que se empieza a formar el concepto general del contrato –como acuerdo voluntario y no simple acto generador de efectos procesales- y a destacar “la causa-fin” también como elemento esencial de la voluntariedad dado que es connatural al acto voluntario tener una finalidad. Parados ya en que el contrato es consensual por naturaleza, “no puede haber consentimiento sin motivo”²⁹⁷: La evolución ordenó los conceptos: Forma y causa del contrato involucran siempre un consentimiento subyacente que implica siempre a su vez una finalidad como acto voluntario que es.- Ello implica según dejáramos sentado, que la causa formal, se fue transformando en causa fin con la espiritualización del vínculo y el fortalecimiento del consensualismo²⁹⁸, sin perder su importancia para algunos actos.-

²⁹⁷ Martí de Eixalà en Gete Alonso y Calera, pág 503 y ss.

²⁹⁸ Gete Alonso y Calera, pág 139/40.-

D. CUESTIONES ESPECÍFICAS:

VALOR DEL PRELIMINAR

1. Concepto de preliminar. Obligatoriedad. Solución ante el incumplimiento.
2. Contrato “real” sin entrega constitutiva en los términos del art 1197 CC en uso de la autonomía de la voluntad
3. Binomio “restitución-gratuidad”. Contratos reales con efecto real.
4. Posibles soluciones legislativas a los problemas o planteos que acarrea la conversión al consensualismo:

1. En el estado legislativo actual, rechaza el Dr Bueres de antemano la posibilidad de validar un contrato real preliminar consensual. En igual línea Gete Alonso y Calera. Compartimos. Pensamos que en el estado normativo actual, esto es así: no hay posibilidad de contratos reales sin la entrega –la ley es tajante en ello: (art. 1141): “los contratos reales, para producir sus efectos, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra, tradición de la cosa sobre que versare el contrato”.- La falta de entrega no invalida el contrato sino que deviene inexistente. No obstante, Gete Alonso y Calera convalida los negocios consensuales de comodato, mutuo, depósito, prenda y anticresis por aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Por su parte Bueres salva el escollo por vía de la conversión del negocio – como se viera supra- por la aplicación analógica de las normas sobre la forma (1185). Veremos:

2. Posibilidad de concluir un contrato consensual de depósito, comodato, mutuo, prenda, anticresis u oneroso de renta vitalicia.

Un tema no menos importante es la cuestión de la eficacia obligacional de la autonomía de la voluntad (art 1197 CC) estándose a la posibilidad de celebrar un acuerdo consensual del depósito, mutuo, comodato, prenda y renta vitalicia. Dado que la entrega es elemento de tipo y afecta por tanto su existencia misma -concediendo que es estructural-, y aunque en tales

casos no haya un contrato típico real, hay doctrina que entiende que puede concluirse un contrato atípico que en virtud del art 1197 las partes hayan acordado.- Las conclusiones anteriores nos llevan a disentir.

La entrega en los contratos reales es causa fuente del contrato y de la obligación de restituir pues opera al modo de consentimiento tácito, contrapuestos a los contratos meramente consensuales. Citamos la opinión de Planiol quien afirmó que la entrega no es causa pero “funciona tal cual si lo fuese”.

Si se tratase de un contrato consensual –tal cual debería ser- el consentimiento sería fuente del contrato bilateral recíproco y la entrega fuente de la obligación de restituir. **Se deduce que para el resto de los acuerdos la causa fuente única del contrato es el consentimiento.-**

Toda esta teoría pierde trascendencia respecto a los contratos reales con efectos real a los que nos referiremos en el punto siguiente de manera particularizada

3. Binomio “restitución-gratuidad”. Contratos reales con efecto real:

De la investigación antecedente vemos que históricamente los contratos reales nominados – mutuo, comodato, depósito, prenda, anticresis- nacen con la nota esencial de ser CONTRATOS RESTITUTORIOS, lo que traía aparejado que a tal efecto se consolidase la CONSTITUTIVIDAD DE LA ENTREGA.

Notemos sin embargo, que avanzando algo en el tiempo, las PROMESAS DE CONTRATOS REALES ONEROSOS vinculaban sin embargo al obligado a entregar generando al menos la obligación de resarcir los daños y perjuicios, de tal manera que la esencialidad absoluta de la entrega queda restringida hoy a los contratos reales gratuitos.

Esta cuestión se consolidó luego de los estudios acerca de la finalidad unida al interés que subyace en tales contratos, cuestiones todas debidamente expuestas: en los préstamos el interés de la entrega es del que la recibe, en tanto en el depósito en cambio de quien debe entregar. Esto agudiza la “libertad” que es sustancial al tradens u obligado a la datio pues si es en interés del que recibe no se justifica que la entrega sea coactiva y de singular manera en depósito pues es el propio depositante el obligado a pagar el precio.

Los contratos gratuitos que no engendran obligación de restituir –tal el caso de la donación vg-, generan solo consenso la obligación de entregar pues siendo perpetua la liberalidad –al menos en principio-, el donante no podría justificar su falta de cumplimiento una vez

expresada su voluntad “sana”.

Contrariamente los restantes contratos que generan obligación de restituir pero no tienen además la nota de la gratuidad –por ej la locación- vinculan también a las partes solo consenso con fundamento lógico en la onerosidad, ya expuesto supra en este mismo apartado a propósito del mutuo o depósito onerosos o en caso de la constitución onerosa de renta vitalicia: cómo justificar que no pueda hacerse exigible la entrega si existe una contraprestación?

Por tanto, la entrega constitutiva parece justificarse en los acuerdos en que existe el binomio OBLIGACIÓN RESTITUTORIA-GRATUIDAD.-

En los contratos configurados con este binomio, y propuesta la derogación de los contratos reales, cabe concluir cuáles serían las posibles soluciones legales para esta clase de contratos, evitando la coacción para un tradens al que pudiera exigirse una entrega inequitativa o en la que no estuviese interesado.

Contratos reales con efecto real:

Resta considerar la cuestión no menor respecto a los contratos reales que involucran transferencia de la propiedad de la res, o la constitución de una garantía real, es decir contratos reales con efecto real. Tal el caso del mutuo, prenda, anticresis y renta vitalicia. Basada en el escollo que supone esta transferencia en el Contrato Oneroso de Renta Vitalicia, Gete Alonso y Calera, lo descarta como Contrato Real –en seguimiento de importante doctrina-.

Entendemos que la generación de un derecho real -transferencia de la propiedad o constitución de una garantía- obliga a una entrega constitutiva según lo preceptuado en el art 577 CC. En estos casos la tradición –necesaria y esencial- se sigue de este último artículo y no por tratarse de un contrato real: así en el mutuo, prenda, anticresis y oneroso de renta vitalicia.- Ampliamos a continuación.

Sustancialidad y causalidad de la entrega en los contratos con efecto real:

Con respecto a la obligación de entregar cosas el art 574 dice que las obligaciones de dar pueden tener como finalidad “constituir sobre ella derechos reales , o de transferir solamente el uso o la tenencia, o de restituirla a su dueño”.-

En los contratos reales, la entrega tiene por fin conceder la tenencia de la cosa, ej en el comodato, prenda, depósito –excepto el irregular-, mas no en el mutuo y renta vitalicia en

que la entrega supone además modo de transmitir el derecho real. Así también los derechos reales de garantía. Es decir que los contratos reales pueden ser además contratos con efectos personales o con efectos reales.

En los contratos con efecto real, aquellos que tienen por finalidad producir la adquisición o traspaso de un derecho real, la entrega es esencial y constitutiva (art 577 y concords. CC).

Recordemos que los derechos reales tienen como causa de adquisición el título y el modo: en otras palabras, tanto el título como el modo son causa fuente del derecho real. El modo es la aprehensión efectiva de la cosa, esencial puesto que los derechos reales suponen el ejercicio de facultades directas sobre la cosa, en tanto en los derechos personales, los bienes llegan al acreedor elípticamente a través de la conducta o prestación del deudor.

El ejercicio de los derechos reales importa el plexo de facultades directas sobre la cosa – mayores o menores dependiendo del derecho real de que se trate- que la ley concede a su titular. El dominio es el derecho real que mayores facultades concede. Para ese ejercicio obviamente el sabio jurista romano ha exigido desde antiguo actos que aseguraban al titular del derecho real someter la cosa bajo su poder aprehendiéndola. Tales los modos de adquisición. Habiendo revisado algunos detalles históricos supra, no volveremos sobre ello.-

Estos modos de adquisición pueden consistir en un acto originario o derivado. En éste último caso por poseerla otra persona de quien la recibe el que adquiere el derecho real por algún título.

La entrega de la cosa en los contratos con efecto real desempeña el papel de causa pues tanto el título como el modo –entrega- son necesarios para adquirir el derecho real correspondiente al título.

Nuestro derecho prescribe en el art 577 que “antes de la entrega de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”.- En cuanto a esto, los modos de adquisición son causa fuente del derecho real conjuntamente con el título.

Cuando la obligación de dar tiene por finalidad la constitución de derechos reales, tal entrega es un acto real bilateral extintivo –pago- que tiene al tradens y al accipiens por partes.

Autores de prestigio al estudiar la eficacia del contrato han expresado que algunos derechos reales no conllevan la tradición necesariamente, o sea que el modo no es requisito de constitución. Entre ellos ejemplifican con la prenda, hipoteca, anticresis y servidumbres

negativas. De hecho y de derecho, en la prenda se transmite la tenencia de la cosa pignorada, en la hipoteca no se realiza tradición alguna del inmueble así como tampoco en la anticresis y en las servidumbres negativas.

Mosset Iturraspe salva el escollo –cuando trata la cuestión relativa al efecto real mediato- explicando para la hipoteca que el modo de la traditio se corresponde con la inscripción registral. López de Zavalía argumenta en contra, defendiendo su concepción amplia del contrato como productor inmediato de derechos reales, explicando que la prenda, anticresis, hipoteca y servidumbres negativas no requieren de un modo traditivo que haga mediato el efecto. En el caso de la prenda y anticresis por ser la entrega constitutiva del contrato real que los origina y no cumplimiento de un modo propio –que además no se exige en la prenda sin desplazamiento- y en el caso de la hipoteca pues la inscripción registral no es constitutiva.

Creemos que en todos los derechos reales existe un modo constitutivo. Las aparentes dificultades para observar la obligatoriedad esencial del acto real se presenta en los derechos reales de garantía. Así, se trata de una aparente ausencia pues si bien la entrega es constitutiva del contrato real, se transmite la tenencia y no la posesión pues, cumplimentada la deuda, el acreedor debe restituir, intervirtiéndose el título en caso contrario. Creemos que en los derechos reales de garantía el modo está dado por la tradición del título hipotecario, anticrético o prendario al acreedor –suplido por la cosa eventualmente en la prenda con desplazamiento-, adquiriendo éste último del tradens la cosa mueble por representación que significa el título constitutivo del derecho real de garantía, de acuerdo a lo dispuesto por el art 2319 CC²⁹⁹.

Para el caso de las servidumbres negativas, la discontinuidad y apariencia propias de estos derechos, permiten un “modo propio” que justifica su ejercicio sobre el fundo sirviente por parte del dominante y que sirve suficientemente, creemos y permítasenos por favor, para salvar el escollo.

Existe un enjundioso análisis sobre el tema realizado por María de los Angeles Soza Ried³⁰⁰, profesora de Derecho Romano de la Universidad de los Andes, quien entiende a la tradición

²⁹⁹ No obstante la categoría de “cosas por representación”, las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Rosario 2001 han recomendado la supresión de la categoría de cosas inmuebles por representación que de todos modos corresponde a otro supuesto consagrado por el artículo 2318.-

³⁰⁰ Soza Ried, María de los Angeles: “Revista Chilena de Derecho”, vol 30, N°2, Año 2003, pág 287 a 305, Cita a Gayo en quien ya ve incipiente dogmática jurídica interpretada por Diocleciano acerca de la insuficiencia del título para producir la mutación real. Comparte en principio nuestras ideas excepto porque descarta la posibilidad de considerar pago a la tradición.-

como un “complejo supuesto de hecho” –restringe su estudio a la traslativa de dominio- pues aún cuando se trate de un acto voluntario, no reúne los requisitos de los actos jurídicos pues la “voluntad del acto de traspaso, debe remitirse a la voluntad típica de la causa o título”, en un sistema análogo en este tema al nuestro como es el chileno. Creemos que resta a la autora considerar a la tradición incluida en la categoría de simples actos jurídicos pues coincidimos en su tesis que descarta a la tradición como negocio jurídico. Asimismo descarta que la tradición configure un supuesto de pago por no avenirse esta solución a la tradición posesoria aún cuando pueda admitirse para la tradición traslativa de dominio. Reafirmamos nuestra postura, pues en ambos actos traditivos el objeto difiere –según sean derechos reales o del hecho de la posesión³⁰¹-, su traspaso no altera la finalidad de cualquier acto de entrega, incluso el de los destinados a conceder o restituir el uso, por tener la significación de simple acto extintivo –al menos para una de las partes-, cuando no al menos carácter ejecutivo. Para el caso de la posesión, al ser un hecho, se trata del mismo objeto aunque sin correspondencia con un título causal suficiente, lo que no produce el efecto real pero no resta eficacia a sus efectos propios.

Ello reafirma la necesidad de derogar la categoría de contratos reales postergando la entrega al consentimiento y considerándola acto de ejecución de una prestación surgida con el mero consentimiento.-

4. Posibles soluciones legislativas a los problemas o planteos que acarrea la conversión al consensualismo:

Alejandro Guzmán Brito³⁰² en interesante investigación, cita a Chabas quien –partidario del

³⁰¹ En el caso de la tradición posesoria se entrega una posición de hecho.

³⁰² Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.29 Valparaíso jul. 2007 Textualmente dice: “Si alguien recibe una oferta de comodato real, y el oferente olvida después su oferta y rehúsa la entrega, eso puede causar muchos perjuicios al que aceptó la oferta porque necesitaba la cosa ofrecida, sin nada poder hacer contra el olvidadizo, que no estuvo obligado a entregar. La verdad es que lo mismo puede acaecer cuando la iniciativa es adoptada por el que desea recibir cierta cosa en comodato, si la pide a alguien, quien acepta prestarla, y posteriormente olvida o desconoce su aceptación. Sea como fuere, que un perjuicio puede irrogarse al interesado en recibir una cosa en comodato, con la retractación anterior a la entrega por el que aceptó prestarla, eso es cierto. Además, tal esquema se puede generalizar para el mutuo y para el depósito, pero con respecto al interesado en que un mueble suyo sea recibido en custodia. El remedio a tal situación, que sería el contrato preparatorio, no funciona bien -se dice-, porque, fuerza a la celebración de dos contratos, el preparatorio y el definitivo, en circunstancias de poder haber urgencia en recibir la cosa, o en entregarla en el caso del depósito. Y todavía se agrega que el interesado en conseguir la entrega, o la recepción, en el caso de depósito, suele inhibirse de exigir un contrato preparatorio a su contraparte, atendiendo que ésta ningún interés tiene en el contrato definitivo y presumiblemente prefiera quedar libre de poder no entregar, o sea de arrepentirse, hasta el momento en que, decidido a entregar, entregue efectivamente”. Finalmente aduce que de ser consensuales, se favorecería la parte antes protegida -la parte que recibe en el comodato y mutuo; y la que

consensualismo y abolición del realismo- entiende que la obligación de restituir emana del consenso contractual, aunque -añade- bajo la condición de haber habido entrega:

“La sustitución de los contratos reales por sendos contratos consensuales implica operar una doble conversión en el sistema: a) por la conversión de la causa por la transformación en contrato consensual (“o solemne, si es que se quiere, lo que debemos dejar a un lado en el análisis”); y b) por la conversión de la entrega causada y perfeccionadora del contrato real en cumplimiento del contrato consensual. Así por lo menos debería ser. Esto se podría intentar hacer de dos maneras:

a) La primera es **crear un contrato consensual obligacionalmente sinalagmático o bilateral**. Si consideramos el caso del mutuo, aquello consistiría en un consenso en orden a obligarse a dar en préstamo una cantidad de fungibles, por una parte, y a recibirla por la otra. El mutuante, pues, quedaría obligado a dar y el mutuario a hacer, consistente en recibir; y cada uno dispondría de una acción personal al efecto. Consecuentemente, se deberían aplicar a estas obligaciones las reglas generales sobre cumplimiento, mora, ejecución forzada en especie o por equivalencia, indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante, etcétera. Cuando se mira a los demás contratos reales, la primera obligación, la del comodante y del depositante, sería, no de dar, por cierto, sino de entregar. En el resto es aplicable lo dicho para el mutuo.

b) La segunda manera es **crear un contrato consensual obligacionalmente unilateral**, en que la parte activa quedaría obligada a dar, en el caso del mutuo, o a entregar, en el del comodato, pero no a recibir la parte pasiva, salvo en el depósito, quien, en consecuencia, podría desistir del contrato hasta el instante previo a la recepción. Sólo, pues, la parte pasiva dispondría de una acción personal para forzar la tradición o la entrega, según el caso, de la activa; pero no ésta para forzar la recepción de la cosa por la contraparte, salvo en el depósito”.

entrega en el depósito-; en desmedro ahora de la contraparte –dueño que hace gastos en orden al comodato y comodatario que se niega a aceptar o depositario que prepara el lugar para la guarda, y depositante que se niega a entregar”. Se pregunta quién estaría dispuesto a firmar el contrato definitivo, en vistas al reclamo eventual de los daños.- Agrega por tanto que la solución estriba en destacar la profesionalización de las entidades crediticias y financieras o la ley de defensa del consumidor que obligan a aceptar y cumplir con el consentimiento vertido, no obstante mantiene como preferible, el régimen actual.

De todos modos explica que, como la obligación de restituir no nace sino desde la efectiva entrega, se trataría de un contrato consensual **condicionado al hecho futuro e incierto de la entrega** o recepción de la cosa, que en algunos casos es meramente potestativa y por tanto prohibida.

Nuestro autor de nota por tanto, no se muestra a favor de la derogación de los contratos reales, objetando la línea de argumentación en favor del reemplazo de los contratos reales por unos contratos consensuales orientada en el sentido de proteger el interés de las personas que reciben, salvo con respecto al depósito, en que la protección va hacia la persona que entrega.

No nos convencen los argumentos teniendo en mira a la locación, en que también se produce análogo juego de intereses socio-económicos que el mismo autor evidencia e intenta solucionar, aunque observamos el problema para los contratos reales gratuitos según su enjundioso estudio. Creemos –como ya dejásemos esbozado-, que la posibilidad de la revisión facultativa para las partes, o impuesta como instancia judicial o arbitral en caso de pérdida de interés o frustración del fin del contrato, puede salvar el escollo, sin necesidad de recurrir a condiciones suspensivas o resolutorias.

Estado actual de la procedencia de la exceptio non adimpleti contractus, pacto comisorio, acción por cumplimiento y de resolución por incumplimiento. y procedencia de estos remedios para el supuesto de derogación de la categoría³⁰³:

En caso de derogarse la categoría, la obligatoriedad sólo consenso encuadraría a estos contratos en el marco del 510CC puesto que la entrega se correspondería con la reciprocidad de la restitución –reubicando la causa fin en la guarda, garantía, concesión de uso, préstamo, etc- todo lo que importa mayor orden y lógica. Queda fuera de discusión la existencia o no del sinalagma imperfecto, cuyo análisis no entra en nuestras pretensiones. Cabe por tanto la procedencia de la exceptio non adimpleti contractus, lo que viene a solucionar muchas de las inquietudes de cómo ensamblar el cambio.

³⁰³ Resultan ejemplificativos los fallos: Mochon c. Villafañe, José s/ ordinario. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 23/06/2004. Saldaña, Julio Cesar c- Sergio Trepas Aut. S. A. s/ Resolución de contrato y daños y perjuicios Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 13/08/2004. No procede el mismo en los siguientes casos: en la venta de lotes a plazo cuando el adquirente ha pagado el 25% del precio o ha efectuado mejoras por el 50% del valor de compra. (art 8 ley 14.005); en la compra de inmuebles para vivienda mediando boleto de compraventa de buena fe y el pago del 25% del precio. (art 1185 bis); en el contrato de prenda (art 1203 in fine); en la compraventa de cosas muebles (art 1374).-

Respecto al pacto comisorio, recordemos que el pacto comisorio era en Roma únicamente expreso. Actualmente en nuestra legislación está regulado por los arts 216 C COm y 1204 CC y conlleva la presunción del dolo o culpa del deudor por cuanto de existir caso fortuito no es posible accionar.

Reclamada la resolución por incumplimiento no es posible posteriormente demandar el cumplimiento pero si en cambio lo contrario, esto es, demandado el cumplimiento puede pedirse la resolución.

Si la intención de la parte cumplidora es pedir el cumplimiento, la intimación ha de hacerse en tal sentido pues si se agrega la intimación que en caso de no cumplimiento se demandará la resolución, sería poner en manos del deudor la facultad de cumplir u optar por la resolución.

El pacto expreso puede prever particularidades propias que se adecuen al caso particular. En el caso del tácito –reservado para los contratos bilaterales con prestaciones recíprocas, la intimación del cumplimiento incluye un plazo de 15 días para hacerlo. El pacto comisorio es siempre una opción extrajudicial previa.-

Cuestión del preliminar . El preliminar está legislado en los artículos 2244 –para el mutuo que incluye la regla que puede analógicamente aplicarse a los onerosos- y el 2256 –para el mutuo gratuito –que puede hacerse extensiva a los gratuitos. En el art 2244 el legislador preceptúa: “La promesa aceptada de hacer un empréstito gratuito no da acción alguna contra el promitente, pero la promesa aceptada de hacer un empréstito oneroso, que no fuese cumplida por el promitente, dará derecho a la otra parte por el término de tres meses, desde que debió cumplirse, para demandarlo por indemnización de pérdidas e intereses”. El 2256 reza: “...La promesa de hacer un empréstito de uso no da acción alguna contra el promitente”.-De ser consensuales, el tratamiento de los preliminares se unifica.-

Estado actual y posterior en cuanto a la posibilidad de invocar gratuidad para evitar la entrega coactiva. Este resulta el punto que hemos encontrado más álgido en el estudio de la cuestión:

- a) Pensamos, como claramente dejáramos sentado, que la gratuidad unida a la obligación de restituir –doy por un tiempo determinado- generaron y sustentan la entrega constitutiva de los contratos reales por cuanto justifican la falta de coacción de la entrega.
- b) la donación resulta exceptuada y es consensual pues el ánimo de liberalidad es definitivo.
- c) ello también justifica que la locación tenga carácter meramente consensual pues la

principal contraprestación es el pago del precio por parte de locatario –no así la restitución.-

EN el caso de los contratos reales nos hemos anticipado a concluir que en caso de devenir consensuales no parece adecuado hacerlo por vía de condicionar la restitución a la entrega, sino posibilitando al obligado a la entrega, a que pueda eximirse invocando la FRUSTRACIÓN DE LA FINALIDAD DE LA ENTREGA.-

4.- JURISPRUDENCIA:

La producción jurisprudencial de nuestros tribunales en lo relativo a los contratos reales, no está por lo general preocupada en determinar la esencialidad de la entrega, ni en asignar a ésta valor constitutivo, simplemente por el hecho que no han sido tales, motivos de litigio. Se ha dado una valorización fáctica del consentimiento en el mutuo, comodato, depósito, prenda, anticresis y oneroso de renta vitalicia.

Las cuestiones que han requerido el auxilio de la justicia, han sido las relativas a las condiciones de guarda, conservación y estado de la cosa al momento de la restitución para el caso del depósito, comodato, prenda y anticresis; o el monto de los intereses para el caso del mutuo o el reajuste de sus condiciones; cuestiones todas vinculadas a la obligación de restituir. CNCivil, sala A, 15-2-94 J.A. CNCiv. Cap. Fed. Sala 01, 11/6/1987: Achaval Mc Garall Cipriano y Moreno Zulema c/ Nareza Rubén s/ contrato s/ cosas muebles; sala 06 3/8/1987; CNC y C Capital Federal sala 01, Pérez Delgado Farell; El Surco Compañía de Seguros SA c/ Estado Nacional (LADE) s/daños y perjuicios –por problemas de embalaje en el depósito.- CSJ de la Nación, 27-10-94 JA. SCBA 15-4-86 . CNCiv, sala f, 25-8-81 CNECC sala III, 23-9-80 CNCiv sala A, 19-10-90; ED – 87- 1980 pág 410: CNCiv Sala D, del 26/11/1979: Zettelmann Margarita c/s. Victoria.-

Existen escasos fallos en que adquiera relevancia la categoría de derechos reales pues no se invoca la falta de entrega para eximirse del vínculo contractual.

Sin embargo existen algunos que han concitado nuestra atención por haber radicado justamente el reclamo en la falta de perfeccionamiento contractual por no haberse configurado la entrega.

Tal el caso de la empresa de seguros que invoca la falta de entrega al depositario asegurado de la mercadería dañada en los depósitos del puerto, a fin de eximirse de reparar el daño, contrargumentando la depositante que tal había sido retirada en razón de la fractura evidente de una de las paredes del recinto (CN COM. Sala 30/4/1997: La Buenos Aires Cía de Seguros c/ Simbaire S.A.).-

No deja de ser interesante el caso de los descendientes del ex - Presidente de la Nación, reclamando la medalla de la orden del Libertador San Martín, cuyo derecho al uso se había concedido en vida al mandatario, que los tribunales aclaran extinguido el uso por causa de muerte, que no puede asimilarse al contrato real de comodato ni a la condecoración de los mandatarios extranjeros (CNCivil Sala F, 25/8/1981-Perón Juan Domingo s/sucesión).

Determinante es también lo resuelto por la Cámara Civil y Comercial Saal C, del 13/10/1981, en autos “Brain de Habib Zulema c/ que determinadamente decide que la constitución de anticresis requiere Escritura Pública al sólo efecto probatorio (art 1184 inc 1º) y respecto al contrato exige la entrega de la cosa para perfeccionarlo, separando la necesidad de la escritura para la constitución del derecho real, y la entrega respecto al contrato.-

Los demás casos sólo cuestionan otros temas tangenciales o menores pero no exponen la falta de entrega como eximente de la configuración contractual.

5. ENCUESTA A EXPERTOS Y JUECES:

I. CUESTIONARIO:

a.- ¿Existe contradicción en la opinión de autores –vg. López de Zavalía, Contratos, pág....), que entienden que los contratos reales son –conjuntamente con los consensuales - , una especie de los contratos creditorios, considerando que los creditorios se corresponden con los consensuales exclusivamente? Es decir, en nuestro entender, los contratos reales no generan obligación alguna puesto que la obligación de entregar estaría previamente cumplimentada y la de restituir extingue el contrato, no lo genera.-

b.- Contratos reales y contratos con efecto real. Es en estos últimos –y no en los primeros- en los que la entrega de la cosa es esencial pues a los efectos de la constitución o transmisión de derechos reales, y por imperio del art. 577 C.C. argentino, la entrega de la cosa es perfeccionante del acto y necesaria a sus efectos, pues antes de la tradición el acreedor no adquiere sobre la cosa, ningún derecho real. En los reales, la falta de entrega no debería hacer fracasar el nacimiento del contrato en tanto que es una especie mas de contrato o acuerdo que se genera esencialmente por el consentimiento de las partes a diferencia de los derechos reales que, al generar un derecho directo sobre la cosa, es natural que ésta deba ser aprehendida. Finalmente la falta de entrega en el actual régimen de los contratos reales, invalida el preliminar –definitivamente en los gratuitos y en los restantes habilita la aplicación del 1185 C.C.- y supone un añadido al mero consentimiento sin el cual no hay posibilidades de demandar el cumplimiento. Esta consecuencia desnaturalizaría el régimen contractual..

c.-Cuál es la naturaleza de la entrega de la cosa, esto es, si se trata de una formalidad – aunque no enumerada entre las del art. 973 C.C.- o se trata de la causa del acto, interrogante esencial a los efectos de determinar la subsistencia de la categoría. ¿Coincide por el contrario con la afirmación de que se trata de la ejecución de una obligación previamente consentida sobre la base de un consentimiento presupuesto o tácito?

d.- Contestar si la falta de fallos sobre el tema o de este tipo de contratos sería un indicador favorable a la subsistencia de la categoría o de la equidad del régimen actual que no reconoce el preliminar de este tipo de contratos.

e.- Piensa que la entrega de la cosa en esta categoría contractual es ejecución de la obligación consensual y previa correspondiente?

f.-Es partidario/a de legislar lo que ya los usos han aceptado, derogando la categoría de los contratos reales?

Se encuestaron tres personas:

CURRICULUMS VITAE abreviados:

1. El Dr. Ernesto Clemente Wayar. Abogado y Dr en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Tucumán (1988). Ex Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial. Ex Vocal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy. Juez de la Cámara Federal de la Provincia de Tucumán. Profesor titular de Derecho Privado (Facultad de Ciencias Económicas), Universidad Nacional de Jujuy. Profesor Titular de Derecho Civil II y Derecho Civil III (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad Nacional de Tucumán. Autor de numerosas obras jurídicas: Tratado de la Mora. Abaco. 1989. Derecho Civil: Obligaciones. Depalma. Ed. Actualizada 2003. Tarjetas de Crédito. Depalma. El pago por consignación. Depalma. Contratos (Compraventa. Permuta). Depalma. Contrato Oneroso de Renta Vitalicia. Depalma.

El autor accedió a responder en forma verbal.

2. Dr. Oscar Agustín del Valle Galíndez. Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Asesor letrado de empresas. Ex Juez de Instrucción en lo Penal. Ex Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial. Ex fiscal del Tribunal del Trabajo. Ex vocal y Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy. Ex Profesor Titular de Derecho Privado IV: Títulos de Crédito y Concursos (Facultad de Ciencias Económicas), Universidad Nacional de Jujuy. Autor de los siguientes libros: Verificación de Créditos. Astrea SRL. 3ra.edición ampliada y corregida 2001 (406 págs). Análisis Crítico del libro “Derecho Civil: Obligaciones” del Dr. Ernesto C. Wayar. (J.A.t 1990-III-896). Concordancias entre el Código Procesal Civil de Jujuy y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ed. Colegio de Abogados de Jujuy. 2000.-

3. Dra. Hilda Graciela Fernández. Abogada (Universidad Nacional de Tucumán). Escribana. Especialista en la Enseñanza de la Educación Superior (Universidad Católica de Cuyo – San Juan). Ex Profesora de Derecho Civil IV: Derechos Reales (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales), Universidad Nacional de Tucumán 1991/1995. Profesor Asociado a cargo de Cátedra de Derecho Civil IV y Adjunto de Derecho Civil III “Contratos” de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago del Estero.

RESPUESTAS AL CUESTIONARIO DE LA ENCUESTA:

a. Tanto el Dr. Wayar, como el Dr. Oscar A. Galíndez, consideran que no hay contradicción en la **concepción que encuadra el contrato real como subespecie de los contratos creditorios** por cuanto éstos abarcan a los contratos consensuales y reales en tanto engendren un efecto obligatorio y los contratos reales generarían en tal concepción la obligación de restituir. No se pronuncian respecto a si tal obligación de restituir extingue el contrato puesto que la que surge del contrato se encontraría cumplimentada o ejecutada con la entrega. La Dra Fernandez no responde sobre el tema

b. Respecto a la **naturaleza jurídica de la entrega de la cosa**, entienden los Dres Wayar y Galíndez, que cumple en los contratos reales, el papel de **forma** esencial (solemne en algunos supuestos –los gratuitos vg.- y relativa en otros –mutuo oneroso, oneroso de renta vitalicia, prenda y anticresis). No obstante ello, agrega el Dr. Wayar que la forma responde a una determinación legislativa de hacer visible y exteriorizar la voluntad en determinados supuestos de envergadura jurídica en los que la voluntad debe ser indubitable y asiente lo sugerido acerca de que se traduce en la forma verbal o escrita –instrumental privada o pública- que es propia de la exteriorización del consentimiento y que no es tal en los contratos reales en que tal “formalidad de entregar” no se traduce en palabras y no está reconocida por el texto legal relativo a las solemnidades que constituyen “forma” (Galíndez) del art.979.

En el decir de la Dra. Fernández, no es causa ni forma –por cuanto además los contratos reales pueden clasificarse en formales y no formales- sino que -desde el punto de vista de los elementos del contrato-, la entrega es un **“requisito esencial particular”** para la existencia de los contratos en cuestión.-

c. En cuanto a si la **“entrega de la cosa” en los contratos reales es ejecución de la obligación consensual y previa correspondiente presupuesta**, el Dr. Wayar adhiere a esta consideración; y el Dr. Galíndez refiere que en la entrega constitutiva de los contratos reales, el acuerdo se confunde con el consentimiento obligacional a diferencia de la entrega traditiva de los derechos reales en los que se distinguen el acuerdo, de los actos materiales de entrega.

La Dra. Fernandez no se refiere al tema.

d. Para el interrogante sobre la **esencialidad de la entrega reservada sólo para los contratos con efecto real no así para los contratos reales**, el Dr Wayar se pronuncia a favor del planteo de asociar la esencialidad de la entrega a los contratos con efecto real, los que por su finalidad de generar, modificar, transmitir o extinguir un derecho real, es correcto que necesitan de la entrega para generar un ligamen directo con la cosa que se transmite dado por la naturaleza de los derechos reales que suponen una relación directa sobre la cosa. El Dr. Galíndez sitúa su análisis distinguiendo los contratos reales –en que la entrega es requisito constitutivo-, de los contratos con efecto real –cuando la entrega se encuentra asociada a los “efectos” del contrato. Por lo mismo –continúa-, cabe combinar ambas clasificaciones y así, podemos hablar de contratos reales con efecto personal (comodato) y con efecto real (constitución de prenda o el caso del mutuo).-

La Dra. Fernández distingue la entrega de los contratos reales –datio rei- del efecto real del contrato excepto en los contratos reales en los que la entrega , -dado el efecto real que además tienen algunos contratos reales-, opera además como tradición (vg el mutuo que separa de los casos de la prenda y anticresis).-

e. El Dr. Wayar refiere verbalmente que los **casos jurisprudenciales** en los que ha intervenido o tenido participación, evidencian la desuetudo de la norma en tanto no se invoca la falta de entrega para excusar el cumplimiento del mero acuerdo consensual en los contratos reales. El Dr. Galíndez aporta por su parte, valiosa referencia a fallos (adjunto).-

f. Finalmente el Dr. Wayar, Galindez y la Dra. Fernández coinciden en la posición de **derogar la categoría de los contratos reales**, especificando el Dr. Galíndez, que, sin descartarla, propone un estudio enjundioso del tema y “dado el caso-alentar la reforma”, pero no por la vía de un forzamiento de la figura o “a través de la derogación lisa y llana”.-

VI. CONCLUSIONES

Nuestra posición acerca del contrato:

Sin perjuicio de los excelentes argumentos que sustentan la tesis amplia, nos mantenemos en la posición intermedia:

1. no recurrimos a la teoría de los efectos mixtos³⁰⁴ para defender la tesis en los casos en que el contrato produce inmediatamente efectos reales pues creemos que no existe tal caso: el contrato produce siempre efectos obligatorios.
2. En el caso de la prenda y anticresis, sostenemos que el hecho que sean derechos reales que se ejercen por la posesión y que devienen de contratos reales, no es óbice para descartar que si bien “conlleven ínsita la tradición”, la coincidencia en el tiempo y la esencialidad de la entrega no descartan al modo constitutivo sino que lo reafirman y prueban. De derogarse además la categoría, no cabrían dudas que exigen la entrega del 577 CC.
3. La prenda, hipoteca y anticresis son derechos de garantía, por lo que en estos casos, la falta eventual de tradición se suple por vía de la consideración de la causa fin propia de los negocios de garantía, en que además, al ser accesorios, siguen por tanto la suerte del contrato principal³⁰⁵.
4. Para el caso de la prenda sin desplazamiento y en el caso de la hipoteca, creemos que en ambos casos se hace imprescindible la entrega del instrumento de constitución del derecho real al acreedor, el que es una cosa mueble, y como tal, se tiene por

³⁰⁴ López de Zavalía, ... Contratos... pág 14

³⁰⁵ Argumento que el propio Dr López de Zavalía enuncia en su propia contra como valioso y expone sin rebatirlo.

cumplimentado el modo suficiente dispuesto por el art 577 CC con la entrega del mismo. En tal sentido dispone el art 2319 in fine: “Son también cosas muebles...todos los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos personales” (por su carácter representativo).

Explica el Dr. Mosset Iturraspe³⁰⁶ que la inscripción registral de la hipoteca –aplicable a la prenda sin desplazamiento cumple la función de “modo constitutivo” (2305CC coincidente con las previsiones de la ley 17801). Si bien coincide con nuestra argumentación que el efecto real de los contratos es meramente mediato, es arduo de defender su postulado, ante el embate de los que ponen de relieve el carácter meramente declarativo de la inscripción.

Como ya lo sostuviésemos, nos convence la opinión del Dr Llabrás, que concede al contrato efectos meramente creditorios, por las conclusiones que recogemos a lo largo de la presente investigación y la pulcritud terminológica a que da lugar, no obstante el interés práctico se reduce en la medida que se aplican subsidiariamente al género convención las normas propias de los contratos.-

Tema central resulta ahora abordar el giro conceptual y terminológico que ha impreso a la Ciencia del Derecho, la categorización de los negocios jurídicos.

La génesis de la categoría del negocio jurídico, correspondiente a la Doctrina alemana a quienes adhirieron los italianos, no ha tenido acogida de ley entre españoles y franceses aunque ha recibido el aporte doctrina de estos países. Sin embargo, la utilidad clasificatoria es evidente.

Asimilada la noción al concepto de “contratos”³⁰⁷, en realidad es puesta por otros como sinónimo de “acto jurídico” pues tal es acorde a nuestra normativa jurídica³⁰⁸, que contiene reglas sobre el acto y hecho jurídico aunque no los clasifica.-

No obstante, la moderna doctrina distingue los negocios jurídicos de los actos jurídicos por cuanto los primeros tienen por fin “inmediato” la producción de consecuencias jurídicas, en tanto los actos jurídicos sólo tienen por fin producir consecuencias jurídicas, distinguiendo

³⁰⁶ Mosset Iturraspe... “Teoría General del contrato”... n°3

³⁰⁷ López de Zavala, op cit, pág 13 y ss.-

³⁰⁸ Compagnucci de Caso, op cit pág 10.

así desde un punto de vista y entre los actos voluntarios lícitos, a los negocios jurídicos de los simples actos lícitos.

Así, Orgaz sostiene, como estudioso de la cuestión, que “dentro del continente del art 899 CC, quedan incluidos actos que ofrecen diferencia de naturaleza, desde los que se parecen mucho a los actos jurídicos (negocios) hasta los que producen su efecto con independencia de la voluntad del agente”, como un residuo de la categoría de los actos jurídicos, única que tiene en vista de modo principal la ley.

Adherimos a la opinión del Dr Cernelutti, a quien en el orden nacional sigue el Dr. Compagnucci de Caso³⁰⁹, para quien los actos jurídicos se clasifican –siguiendo a Von Tour y desde el punto de vista de su contenido psicológico-, en: a) declaraciones de voluntad, y b) manifestaciones de conocimiento o declaraciones de ciencia³¹⁰, y concluyendo que sólo son negocios jurídicos o actos jurídicos, las declaraciones de voluntad que tienen –solas o adicionadas a otros hechos- por fin inmediato el logro de un efecto jurídico (art 944 CC), siendo los restantes actos, meros actos jurídicos que no llegan a ser negocios jurídicos, que entran en la órbita del 899 CC (interpelación en la mora del 509 CC, el hallazgo de una cosa perdida del 2532/4 CC . la edificación y especificación 2587 y 2567 CC, el descubrimiento de tesoro 2550/56, la gestión de negocios del 2288 a 2305 CC, etc) .-

Es dable aclarar que los elementos de los negocios jurídicos, en una posición clásica se han clasificado o dividido en: 1) esenciales; 2) naturales o legales-; y 3) accidentales o convencionales. Dentro de los esenciales se acomodan a los sujetos –sus calidades-, objeto –que ha de ser idóneo-, forma y causa.

Estas doctrinas no separan claramente los elementos del negocio o acto jurídico, de los del contrato o de las obligaciones pues a éstas adjudican igualmente como elementos, a los sujetos, objeto, prestación, vínculo y causa; cayendo en la letra de la nota a la Sección I del Libro II en que Vélez denuncia el error de los franceses de identificar las obligaciones con su fuente, es decir, con los contratos.

³⁰⁹ Compagnucci de Caso, “El negocio jurídico”, pág 41, cita a Orgaz “El concepto del acto jurídico” en “Estudios de Derecho Civil” pág 135 y con cita al pie de Cifuentes: “Negocio jurídico”, pág 118/9.-

³¹⁰ Larenz Karl “Derecho Civil, parte gral, pág 426, distingue además los “meros actos de ejecución”, como aquellos que se proponen producir el efecto jurídico pretendido creando la situación de hecho correspondiente por la simple actuación de la voluntad- y sin declaración alguna.-

Estas posturas han sido objeto de modificaciones por autores mas modernos que han reservado a las obligaciones los “elementos visibles”, pues es en la obligación concreta que puede observarse al sujeto, prestación y objeto, anteriores en el análisis en relación al contrato y posteriores en el tiempo en razón de la producción de sus efectos concretos y prácticos pues se tienen por presupuestos de los contratos en tanto elementos de análisis anteriores al negocio jurídico y que se plasman luego prácticamente en la obligación concreta que los tiene por protagonistas.-

Los requisitos o elementos del contrato en el estudio de autores más modernos³¹¹ son: contenido y forma. Con algún matiz nominal, el Dr Compagnucci de Caso³¹² los reduce a la declaración de voluntad –que involucra el estudio de la forma-, objeto –que en relación al acto denominamos contenido- y causa.-

Otros autores enuncian como elementos del contrato al consentimiento, objeto y causa en seguimiento de sus propios códigos³¹³. De Diego³¹⁴ se asemeja en su terminología a la concepción tradicional pues denomina a los elementos: sujeto, objeto y forma.-

En seguimiento de las ideas expuestas, reducimos los elementos del negocio a la forma, contenido y causa. Destacamos que la causa del contrato tiene un grado menor de abstracción que en el negocio jurídico puro concebido como género pues a éste último se reserva la ubicación del ingrediente de la causa, visualizable en el contrato en tanto función económico-práctica y legal.

El negocio jurídico puro decanta como elementos propios al consentimiento –en tanto exteriorizado a través de la declaración de voluntad –, y la causa concebida igualmente como finalidad jurídica del acto voluntario.-

Creemos que la distinción de los elementos de las obligaciones, contratos y actos jurídicos lejos de significar una exquisitez intelectual, hace vislumbrar la “posibilidad casi cierta de avance y clarificación en muchos institutos jurídicos”³¹⁵ – aún a sabiendas que desestimar las calificadas opiniones que entienden que tanta abstracción conlleva el riesgo de perder de

³¹¹ Carnelutti, Betti, Alabadejo: EL neg j pág 58, Castán Tobeñas: Derecho Civil, introd. Y Pte gral, pág, t1, vol II, pág 723, Candián, Instituciones, pág 145 serían elementos del negocio la declaración, contenido y causa, De Ruggiero: Instituciones y Puig Peña (Tratado, t 1, vol II, pág 481) los reduce a la declaración de voluntad y causa, t I, pág 254, López de Zavalía tiene por elementos del contrato a la forma y al contenido (contratos, t 1, pág 70 a 74 y 105 y sgtes); en igual línea Betti (Teoría General, cap II, III y IV),

³¹² Compagnucci de Caso, El Negocio jurídico, pág 107/8.-

³¹³ Gete Alonso y Calera coincidente con los elementos enumerados por el Código español.

³¹⁴ De Diego Instituciones, pág 294.-

vista la realidad circundante ubicando en el “cielo” a los conceptos –lo decimos parafraseando a Ihering.-

Bueres distingue respecto al objeto del negocio jurídico, a las tesis amplias (que lo identifican con las obligaciones que crea), intermedias (con la prestación) y restringidas (con los bienes materiales).

Por otro lado, traemos nuevamente a colación que en eximia síntesis el Dr Compagnucci de Caso evidencia la necesidad de distinguir el objeto de las obligaciones, de los contratos y del negocio o acto jurídico por otro.- Así, cita las posiciones respecto al objeto del negocio jurídico analizando la identificación del objeto con las cosas y servicios (Llambías, Salvat, Spota, Cifuentes), los que la identifican con la prestación (Carbonnier, Borda), o quienes aducen que el objeto se integra con la realidad y comprende por tanto los bienes, utilidades, intereses, relaciones sobre las que se apoya o se regulan (Sconamiglio, Albaladejo, De Castro, Cariotta Ferrara, Videla Escalada, Compagnucci de Caso), la tesis que lo identifica con los intereses que regulan las partes a través de su voluntad preceptiva (Betti, Candián), o con la realización jurídica del interés práctico (López de Zavalía lo explica como relaciones jurídicas que crea y los derechos sobre los que incide, para Mosset Iturraspe es el contenido concreto del contrato o para Salvat, la operación jurídica considerada).-

En la precisión terminológica que buscamos, de distinguir los elementos propios de las obligaciones , de los contratos y del acto o negocio jurídico, anotamos la distinción que María Gete Alonso y Calera realiza del consentimiento: “Así como el acuerdo consensual no se puede separar del acuerdo contractual en el que esta englobado el objeto (llamémosle contenido cuando nos referimos al objeto de los contratos), sí puede separarse acuerdo contractual de acuerdo causal en cuanto ésta es un acuerdo sobrevenido al concepto esencialmente consensual de contrato.” De allí que la causa sea un elemento propio del acto jurídico y sólo por consiguiente del contrato pero no al revés y que “aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario” (art 500 CC y 1277 CC español).-

Apoyados en tesis de la autora que venimos siguiendo, el consentimiento es requisito de la existencia de la noción de contrato, es elemento estructural y tipológico. Es además elemento

³¹⁵ Compagnucci de Caso, pág 54

técnico de incorporación de los elementos del contrato (objeto y causa).- Nosotros iremos más allá, y sobre la base de lo afirmado por la autora, diremos que el consentimiento es la causa fuente del contrato, independientemente del análisis de la causa fin, y elemento propio del negocio jurídico.

Respecto a la causa fin, se han posicionado los autores en tesis subjetivas, objetivas o sincréticas que oportunamente hemos referenciado.

Los primeros identifican la causa con los motivos que, generados por la autonomía de la voluntad, no tienen necesidad de someterse a tipos o formas determinadas, postura que no obstante el riesgo de confusión, distingue la causa fin subjetiva de los motivos psicológicos. Entre los autores que se enrolan en esta posición, Capitant³¹⁶, De los Mozos.

La tesis objetiva es rica en soluciones, coincidiendo los autores en que la causa es constante y tipificante de los actos jurídicos, en relación a su “función económica – social” (Betti), “función práctico – social” (Cariotta Ferrara), “razón económico – jurídica (Coviello y Stolfi), “función que objetiva y abstractamente el negocio cumple al par que el ordenamiento reconoce y sanciona” (Compagnucci de Caso). En ésta línea: Enneccerus – Nipperdey, García Amigo, Ruiz Serramalera, Espert Sanz, Trigo y Represas, Mosset Iturraspe, De Gásperi – Morello, GOrla.-

La postura sincrética es defendida por Albaladejo, López de Zavalía³¹⁷, Pugliatti, afirmando éste último en exquisita síntesis que la causa radica en la armonía entre la voluntad específica y concreta de los sujetos y el esquema preestablecido en la norma.

En particular posición Giorgianni sitúa a la causa en el momento estático genético del negocio (por oposición al funcional o dinámico) como el fin de una de las partes aceptado por la otra.- Díez Picasso clasifica a los negocios en razón de la causa en negocios ejecutivos (transacción que se funda en el litigio) y negocios iniciales (representación mental que guía a las partes) y entiende a la causa como propósito práctico. En igual dirección, Compagnucci de Caso para quien la causa guía a las partes en la realización del negocio, ya que PERTENECE AL CONOCIMIENTO Y CONCIENCIA EXTERIORIZADA DE LOS INTERVINIENTES.- La intencionalidad de las partes se adscribe al negocio prescripto por

³¹⁶ “De la causa de las obligaciones”, op cit pág 23 y séte.

³¹⁷ Op cit (contratos, tomo I Parte General), pág 399 y sgtes.

ley, la que logra dar solución coherente a la identificación de la causa como elemento indispensable del negocio³¹⁸.

La tesis anticausalista³¹⁹, inicialmente sostenida por Ernst, Laurent y Dabin, Huc, Baudry Lacantinerie, apoyan su principal rechazo a la imposibilidad cronológica de concebir la prestación como causa de la otra cuando se trata de realidades contemporáneas en el caso de prestaciones recíprocas (sustituible por las soluciones relativas al objeto), o de causa fuente en lugar de causa fin en el caso de la entrega en los contratos reales, o de un sin sentido para el supuesto de las liberalidades (reemplazable por la noción de consentimiento)

La triple finalidad “donandi causa, credendi causa y solvendi causa”³²⁰, relativas a la causa fin, establecen la diferencia esencial acerca de la naturaleza jurídica del pago que sostenemos como acto solvendi causa en todos los casos, y acto jurídico real en los casos en que la prestación consiste en un dar.- Analizamos la noción oportunamente al tratar la tradición³²¹

Es el momento de analizar la relación entre consentimiento y autonomía de la voluntad –tan polemizado y estudiado concepto. Tener autonomía significa “crearse sus normas propias”, no estar sujeto a otras normas que las que a sí mismo se dicta³²², manifestación de la voluntad de los sujetos que adquiere carácter de ley o regla objetiva. Los individuos buscan la satisfacción de sus necesidades mediante su autonomía con cuyo ejercicio encauzan su libertad. El ejercicio equitativo de las autonomías individuales presupone cierto equilibrio en las posibilidades de ambos polos eventualmente desiguales del acuerdo en orden, en algunos casos por ejemplo, al respeto a los consumidores, a la atención de intereses públicos preeminentes. De allí que la autonomía que consagra el art 1197, ha morigerado sus efectos por virtud de la “publicización” contractual, recortándose las desigualdades a través de la teoría de la imprevisión, la lesión subjetiva o enorme, la moralización normativa en general. Históricamente un derecho romano sumamente formalista opacaba tanto el papel de la autonomía de la voluntad, que su único espacio se reducía a la adecuación a una de las formalidades típicas y nominativas según dijéramos, luego morigerado por la influencia de

³¹⁸ Compagnucci de Caso (El Negocio...pág 179)

³¹⁹ Aunque minoritaria sustentada con sólida fundamentación por Planiol, Dabin, Giorgi, Cazeaux – Trigo Represas, De Gásperi – Morello, Llambías, Busso

³²⁰ Compagnucci de Caso (El Negocio..., pág 174) en cita textual de Stolfi ...”Si falta alguno de estos justificativos, el contrato es nulo por defecto de la operación económica en vista de la cual se perfeccionó”

³²¹ Cfr I, in fine.

las ideas helénicas adquiriendo mayor relieve las fórmulas escritas. Tal también posteriormente el caso de los regímenes totalitarios. Es innegable el mérito del cristianismo en orden al reconocimiento de las libertades individuales, del que igualmente se han engalardonado los sistemas racionalistas que han dado lugar al capitalismo individualista, receptado en su plenitud en los primeros Códigos, que en nuestro país se plasmó en el art 1197.-

Este mismo art 1197 soluciona para nosotros el debate acerca del controvertido carácter normativo de esta autonomía de la voluntad. En crítico análisis Cariotta Ferrara desmenuza los argumentos de una y otra posición: los que estiman que los negocios jurídicos tienen carácter preceptivo creando por tanto derecho objetivo, y la de quienes piensan que sólo consisten en una adecuación a un sistema predeterminado legislativamente pues constituyen el supuesto de hecho o hecho jurídico de las que derivan consecuencias por virtud del ordenamiento³²³ (Betti, Larenz, Santoro Passarelli, Santos Briz, Compagnucci de Caso).

Nosotros nos orientamos por la tesis de Ferri –que con algunos atenuantes sigue Spota- que dice que si bien el negocio es un hecho o supuesto de hecho contiene en sí mismo derecho., adquiriendo independencia de sus creadores y de la voluntad de ellos, pues el derecho es expresión de la voluntad general o comunitaria pero también habilita a los particulares a crearlo. Pensamos que –sin perjuicio de ubicarnos en una posición ecléctica- si bien el negocio jurídico es supuesto de hecho de la ley, las convenciones particulares hacen nacer una norma a la que las partes han de someterse como a la ley misma de tal manera que tal creación es luego una norma de derecho objetivo³²⁴, que permite la distinción de efectos del propio contrato en relación a las obligaciones que constituyen propiamente derecho subjetivo³²⁵.

Messineo³²⁶ atribuye al concepto dos significaciones: la positiva o facultad de disposición, y la negativa o prerrogativa de oposición a ser despojado en contra de su voluntad.- La facultad positiva incluye la posibilidad de concluir acuerdos típicos, atípicos y determinar el contenido dentro de los límites de la ley.

³²² Diccionario Enciclopédico Salvat, tomo I, Pág 361. Salvat Editores S.A. Barcelona. España

³²³ Para quienes piensan que la autonomía de la voluntad sólo puede crear derecho subjetivo (Savigny), no puede el negocio jurídico por tanto crear derecho objetivo ni ser sus cláusulas motivo de casación.

³²⁴ López de Zavalía, Fernando José: “contratos”, t 1, pág 22 a 26 y concords.

³²⁵ Wayar, Ernesto C: “Obligaciones”, cap referido a los efectos de las obligaciones.

³²⁶ Messineo, “Trattato”, pág 44.

Las mismas tendencias concluyen paralelamente en la tesis que consagra el **dogma de la voluntad** (pandectística alemana del siglo XVIII a tono con la consagración del poder de la voluntad individual) que conceptualiza al negocio jurídico como una declaración de voluntad privada destinada a producir consecuencias jurídicas (Savigny, Windscheid, Albaladejo). Contrariamente, la llamada **tesis preceptiva** de quienes advierten acerca del peligro de sostener el dogma de la voluntad y ponen el acento en el carácter axiológico normativo de la exteriorización de la voluntad alejado de la voluntad interna o psicológica, que el Estado ha de encauzar y regular a través de las normas legales (Betti, Pugliatti, Enneccerus, Castán Tobeñas, Oertmann). Coherentemente con su postura estos autores consideran causa a la finalidad en tanto sea digna de tutela social.

Respecto a las distintas clasificaciones que han ensayado los autores, es coincidente acerca de la categorización de los mismos en unilaterales o bilaterales, familiares o patrimoniales, típicos o atípicos, causales o abstractos; entre vivos o por causa de muerte; obligatorios y traslativos; constitutivos y declarativos, de administración y de disposición; patrimoniales atributivos o no atributivos; onerosos o gratuitos; formales o no formales; solemnes o no solemnes; directos e indirectos; principales y accesorios y finalmente los de enajenación³²⁷.

De la clasificación surge un argumento esencial para la determinación de la vigencia actual de los contratos reales: la división entre negocios creditorios –también llamados obligatorios– y traslativos o de disposición³²⁸. Ninguno de los autores toma en este punto una categorización intermedia: o los negocios son creditorios, -esto es los que producen consecuencias personales y surgen del acuerdo o consentimiento de partes “por el cual uno puede exigir al otro el cumplimiento de una determinada prestación”, bastando el consentimiento para generar la relación obligatoria-, o de otro lado son traslativos o de disposición –los que causan la transferencia, el nacimiento o la extinción de un derecho real-

³²⁷Compagnucci de Caso, Rúbén H: “El Negocio”... Cifuentes agrega en la clasificación a los fiduciarios, puros y simples y modales, positivos y negativos, de Derecho Privado o Público, Giorgi los divide en unilaterales, bilaterales y sinalagmáticos imperfectos, a título oneroso o gratuito o mixtos apartándose de Demogue que rechaza los mixtos –ejemplificado con la donación remuneratoria-, nominados e innominados, reales y consensuales y según su objeto en traslativos o declarativos, traslativos del uso o simple posesión, comunes a ambos y de garantía.-

³²⁸Compagnucci de Caso, op cit pág 81 en seguimiento de Stolfi: Teoría del Negocio Jurídico, pág 61 N°16- Distingue el autor los negocios de disposición de los patrimonialmente atributivos por cuanto si bien en algunos casos pueden coincidir, éstos últimos tienen como principal característica que el sujeto enriquece el patrimonio de otro, lo que no pasa en los de disposición en que el sujeto realiza un sacrificio patrimonial sin interesar el desplazamiento y posterior enriquecimiento de otro.

.- En el derecho argentino no es suficiente el consentimiento para la constitución³²⁹ o transmisión de un derecho real, siendo necesario que el negocio traslativo se complete con el acto de la tradición (art 577 CC)³³⁰.- Obviamente recordaremos que unánimemente los autores clasifican las relaciones jurídicas del Derecho Privado en reales, creditorias o familiares. Partiendo de esta base, y descartando las que tienen su génesis en la institución familiar, tendremos que concluir que las relaciones personales –que involucran prestaciones patrimoniales que entre sí acuerdan los particulares- nacen por virtud del consentimiento o por el modo propio de adquisición de los derechos reales, casos en los que, por la vinculación directa que engendran entre persona-cosa, requieren además la aprehensión de la misma agregándose al contrato, un acto o negocio jurídico real, tal cual es la tradición.

+No se nos prive de encontrar en este fundamento, la justificación suficiente que la purificación de las formas, ha traído en la historia, ubicando las mismas en su justo lugar de ser el modo propio de ser declarada la voluntad y que la entrega sólo es requisito esencial en los contratos con efecto real para el cual es imprescindible la tradición o modo para su constitución.

Resulta también muy explicativa de la tesis que pretendemos demostrar, la clasificación de los negocios en unilaterales y bilaterales, que hemos de diferenciar de los contratos unilaterales y bilaterales. Así Larenz en punto a la naturaleza del mutuo, comodato y locación, los agrupa como bilaterales en tanto la obligación de entrega cuenta como ejecución y prestación del tradens, régimen que extiende al depósito³³¹.

Finalmente, nos parece decisiva a los fines de nuestra tesis, la división entre los negocios jurídicos, en actos lícitos, ilícitos, debidos y resolutivos que nos acerca Carnelutti con la magistral capacidad de concreción y practicidad que le da su especialidad. De ella surge que la tradición –sea que tenga por finalidad o acuerde la posesión, tenencia o restitución-, es PAGO, y por tanto acto debido, en tanto es ejecución de la prestación de dar o entregar la cosa contenida en la obligación contractual³³².-

En cuanto a los elementos nos parece concreta la concepción de Betti que estima que los elementos se dividen en constitutivos o estructurales, diferenciables de los presupuestos. Los

³²⁹ A salvo los modos originarios de adquisición de derechos reales o las particularidades respecto a su extinción.

³³¹ Op cit p{ag 264 y sgtes. No considera a la prenda entre los contratos reales.

³³² Cfr pág 24, y lo consignado en la correspondiente nota N°54.

constitutivos son la forma (declaración o comportamiento), contenido y causa. Presupuestos: de validez (circunstancias genéticas) y condiciones (deben concurrir en un momento posterior), que resulta semejante a la clasificación de Carnelutti cuyos lineamientos sigue en la doctrina nacional, el Dr López de Zavalía, tal como consignáramos supra respecto a los elementos de los contratos como especie concreta de los negocios.-

Respecto a la tesis de Gete Alonso y Calera utiliza –como dijésemos- se atiene a enumerar los elementos del contrato contenidos en el Código español: consentimiento, objeto y causa. La causa es tomada por la autora como acuerdo añadido al contrato, anterior al mismo y que se plasma luego en la causa de las obligaciones, distintas a la causa del contrato o función económico-social del mismo.

Es basada en la distinción entre las nociones de causa fin por una lado y función del negocio jurídico por el otro, como nociones que se continúan en el tiempo pero que pueden distinguirse también por su significación y análisis económico, que nos valem para sostener con otro argumento de valor, la derogación de los contratos reales. Piénsese que la función del contrato de mutuo, comodato, y depósito es, por parte del que entrega, la de dejar el bien objeto del contrato por cierto tiempo al tomador, comodatario o depositario³³³, pero con una finalidad específica: uso, guarda, consumo, garantía, etc. No es la restitución la finalidad de los contratos en estudio, aunque, determinante como lo es la entrega a efectos de exigir la restitución, obviamente no nace ésta obligación sin que se encuentre cumplimentada la entrega. El argumento de peso deviene de la gratuidad de algunos contratos reales para los cuales parecería absurdo obligar a la entrega a quien –sin recibir contraprestación alguna- se viese obligado a entregar aún resultándole incierta la devolución.

Hemos expuesto como central el punto del binomio restitución y gratuidad para tener por plenamente justificada la categoría y privar de exigibilidad a la entrega cuando el interés del obligado –para el mutuo o comodato- así como del que recibe –para el caso del depósito- ya no resultara vigente al momento de hacerla efectiva.

No existe justificación alguna para la diferenciación de la concesión o préstamo de uso gratuita del comodato y la onerosa de la locación, por cuanto al no ser gratuita ésta última y aún cuando exista obligación de restituir-, la entrega resulta siempre exigible.

³³³ Larenz, K: op cit, pág 276, tomo II

De derogarse la categoría, resultaría todo un tema justificar la exigibilidad de la entrega en contratos en que el binomio justificante de la misma exista : GRATUIDAD Y OBLIGACIÓN DE RESTITUIR. Esta dualidad esencial tampoco existe en la donación de donde también la entrega resulta exigible. Si devienen consensuales³³⁴ los contratos reales, las soluciones para superar los eventuales problemas que pueden seguirse de hacer coactiva la entrega, han sido propuestas con diferente agudeza.

Expuestas que hubiesen sido las posiciones más representativas que hemos encontrado, descartamos la de la entrega condicionada tanto como la previvencia de esta clase de contratos.

Nos hemos pronunciado por la consensualidad unida a la valoración de la prueba de la eventual frustración del fin o función del contrato, sea que se efectivice por vía de la revisión o por la acción resolutoria, situación ésta última que proponemos como objeto de un análisis pormenorizado ajeno a nuestra exclusiva pretensión.

Creemos que remarcar el valor del consentimiento involucra que las personas al contratar traten de obligarse en razón de una ponderación suficiente de circunstancias y evita tomar a la ligera decisiones con valor legal.

De todos modos, reconocemos el grandioso valor de las posiciones tradicionales que, surgidas de una tradición ancestral, nos genera un prudente pronunciamiento que lejos está de asemejarse a un dogma y admite por tanto soluciones diversas como las que ha encontrado.-

PRIMERO: *DE LEGE LATA:* 1) EN LA ACTUAL NORMATIVA (1140 ss y concords), LOS CONTRATOS REALES SE PERFECCIONAN CONSTITUTIVAMENTE CON LA ENTREGA DE LA COSA.-

2)POR OTRA PARTE, LOS CONTRATOS CON EFECTO REAL, PERFECCIONAN CONSTITUTIVAMENTE EL DERECHO REAL QUE CONSTITUYEN O MODIFICAN, CON LA ENTREGA DE LA COSA (577 C.C.).-

DE LEGE FERENDA: LA ENTREGA ES ESENCIAL EN LOS CONTRATOS QUOD EFFECTUM REI (CON EFECTO REAL O CONSTITUTIVO DE DERECHOS REALES) Y NO EN LOS CONTRATOS REALES (CATEGORÍA HISTÓRICA)

³³⁴ Larenz K: “Derecho de obligaciones”, pag 268 a 276 tomo II

SEGUNDO: EXISTE UNA DISTORSIÓN TERMINOLÓGICA AL HABLAR DE CONTRATOS CREDITARIOS COMO GÉNERO DE LOS LLAMADOS CONTRATOS REALES Y OBLIGATORIOS.- SI SON CREDITARIOS, LA ENTREGA NO ES CAUSA FUENTE, SINO SOLVENDI CAUSA.-

TERCERO: DE LEGE LATA: 1) LA ENTREGA EN LOS CONTRATOS REALES SE REALIZA QUOD CONSTITUTIONEM O COMO CAUSA FUENTE.

*DE LEGE FERENDA:*1) LA ENTREGA EN LOS CONTRATOS REALES SE REALIZA SOLVENDI CAUSA, ES DECIR COMO FINALIDAD (CAUSA FIN OBJETIVA O ABSTRACTA) Y NO QUOD CONSTITUTIONEM (CAUSA FUENTE). IMPORTA LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS EX CONTRACTO.-

2) EN LOS CONTRATOS CON EFECTO REAL, LA ENTREGA EN CAMBIO ES QUOD CONSTITUTIONEM (CAUSA FUENTE) DEL DERECHO REAL PERO SOLVENDI CAUSA (CAUSA FIN ABSTRACTA) DE LA OBLIGACIÓN PERSONAL DE ENTREGAR.

EL CONTRATO TIENE EFECTOS REALES DE MANERA MEDIATA, ESTO ES, EL CONTRATO OBLIGATORIO DE DAR COSAS CON LA INTENCIÓN DE CONSTITUIR O TRANSFERIR DERECHOS REALES, CREA LA OBLIGACIÓN INMEDIATA DE ENTREGAR, Y MEDIATAMENTE EL DERECHO REAL. LA ENTREGA POR SU PARTE, GENERA INMEDIATAMENTE EL DERECHO REAL.-

EN SÍNTESIS: EL DERECHO REAL TIENE DOS CAUSAS FUENTE-CONSTITUTIVAS: EL TÍTULO (FUENTE MEDIATA) Y EL MODO DE LA TRADICIÓN O ENTREGA (FUENTE INMEDIATA).-

CUARTO: LA TRADICIÓN, EN LOS LLAMADOS CONTRATOS CON EFECTO REAL, ES ASIMISMO., CAUSA FUENTE FORMAL DE LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO REAL CORRESPONDIENTE, ASÍ COMO LA ESCRITURA PUBLICA LO ES DEL TÍTULO.-

QUINTO: POR LO MISMO, LA TRADICIÓN, ESTO ES, TODA ENTREGA (LA DATIO REI DE LOS CONTRATOS LLAMADOS REALES Y LA TRADICIÓN CONSTITUTIVA DE DERECHOS REALES), ES PAGO O EJECUCIÓN DEL CONTRATO QUE OBLIGA A ENTREGAR, YA SE HAGA CON LA FINALIDAD DE CONSTITUIR DERECHOS REALES, TRANSFERIR LA TENENCIA O RESTITUIR LA COSA A SU DUEÑO.- EN

TANTO PAGO, ES ACTO REAL EXTINTIVO O EJECUTIVO DE LA OBLIGACIÓN CORRESPONDIENTE POR LO QUE, AL SER ACTO DEBIDO, NO AGREGA NINGUNA MANIFESTACIÓN CONSENSUAL NUEVA O DISTINTA A LA CONSIGNADA EN EL CONTRATO FUENTE DE ESA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR.

EN LOS CONTRATOS CONSTITUTIVOS DE DERECHOS REALES LA ENTREGA ES IGUALMENTE PAGO Y ACTO REAL PERO ES ESENCIAL PARA LA CREACIÓN, TRANSFERENCIA DE TALES DERECHOS, TAL ENTREGA ES FUENTE –CON EL TÍTULO- DEL DERECHO REAL.

COMO NOTA SE AGREGA QUE LA TRADICIÓN COMO MEDIO DE ADQUIRIR LA POSESIÓN TIENE, A PESAR DE LAS DIFERENCIAS, LA MISMA NATURALEZA DE ACTO JURÍDICO REAL PERO CON LA DIFERENCIA QUE EN LA ADQUISICIÓN POSESORIA SOLO MUTA UNA SITUACIÓN DE HECHO, CON EFECTO DE DERECHO.-

LA TRADICIÓN NO ES CONTRATO SINO ACTO JURÍDICO REAL PUES SERIA UNA PARADOJA PENSAR EN QUE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA GENERE UN CONTRATO DE TRADICIÓN O LO QUE SERÍA COMO HABLAR DE CONTRATO DERIVADO DE UN CONTRATO O UN SUBCONTRATO SUI GENERIS O PENSAR QUE UN CONTRATO SE RESUELVE O EXTINGUE POR OTRO CONTRATO. MAS SENCILLO QUE NO AGREGA NINGUNA DECLARACIÓN NUEVA SIENDO LÓGICO PENSAR QUE EL ACTO DE ENTREGA ES UN ACTO JURÍDICO REAL (Doctrina mayoritaria)- ESTO QUEDA REAFIRMADO EN LA CONCEPCION DE CONTRATO QUE LO CIRCUNSCRIBE A LOS EFECTOS OBLIGATORIOS PUES EN TODA DATIO O TRADICIÓN LOS EFECTOS REALES SON INMEDIATOS Y NO MEDIATOS COMO EN EL CONTRATO.- La empti venditio de los romanos, génesis de la venta consensual constitutiva de derechos reales –sin tradición o modo- es un sistema que no nos parece óptimo ni es vigente en nuestra legislación.

LA ENTREGA CONSTITUTIVA DE LOS CONTRATOS REALES DEL 1140 ES TRADICIÓN EN EL SENTIDO DE ACTO JURÍDICO REAL (EXCEPTO PARA EL MUTUO, ANTICRESIS Y LA PRENDA, QUE TIENEN ADEMÁS EFECTO REAL), EJECUCIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE DAR PARA TRANSMITIR EL USO O LA TENENCIA O RESTITUIR A SU DUEÑO, SIMPLE “DATIO REI”.

SEXTO: LOS CONTRATOS SON FUENTE SIEMPRE DE OBLIGACIONES. PUEDEN CREAR, TRANSFERIR, EXTINGUIR DERECHOS CREDITORIOS. LOS EFECTOS DE DERECHOS REALES, SURGEN MEDIATAMENTE. LO MISMO QUE LOS INTELECTUALES. LA TRADICIÓN Y LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES DE DAR SIN EFECTOS REALES SON ACTO DEBIDO Y ACTOS REALES (vg. dar para conceder el uso o la *datio rei*) Y SON TAMBIÉN SIEMPRE PAGO. EL PAGO NO ES UN CONTRATO EXTINTIVO. EL PAGO ES UN ACTO DEBIDO. EL PAGO TAMPOCO ES CONTRATO –extintivo-, PUES en LOS CONTRATOS EXTINTIVOS –vg. la transacción-, UN NUEVO ACUERDO HACE SURGIR OBLIGACIONES (o no) QUE EXTINGUEN OTRAS EN TANTO QUE EL PAGO EXTINGUE LAS OBLIGACIONES ACORDADAS PREVIAMENTE POR MEDIO DE OTRO CONTRATO SIN AGREGARLE NADA AL CONSENTIMIENTO PRESTADO.- Adherimos en esto a la esclarecida posición del Dr Rubén H. Compagnucci de Caso³³⁵, en tanto explica que el pago es acto jurídico bilateral, posición en la que sitúa a Cernelutti como referente, con la adhesión de Cariotta Ferrara, Stolfi, Albaladejo y entre nosotros, Galli. Descartamos con esta doctrina que pueda ser acto unilateral pues se requiere la capacidad del solvens y el *animus solvendi*, descartando el derecho a consignar como caso unilateral, por ser un supuesto de imposición coactiva –no voluntaria- de cumplimiento.

Los actos jurídicos bilaterales pueden ser negociales o no ubicando al pago entre los últimos. NO entendemos que el pago sea negocio jurídico (LLambías, Salvat, Colmo, Busso, Boffi Boggero, López de Zavalía, Wayar –estos últimos con la nota de la naturaleza proteica del pago- basados en el art 944 y 726 CC coincidiendo sus elementos con el negocio jurídico) pues el acuerdo del negocio jurídico es opcional para el deudor, además que siguiendo a Díez Picaso “el negocio jurídico crea sus propias reglas para autorregular sus propios intereses” lo que no sucede en el pago que es ACTO DEBIDO.- No dejamos de mencionar la importante posición que entiende al pago como hecho jurídico aplicable a las obligaciones de hacer y no hacer (en la que se enrola el Dr Trigo y Represas, Salas, Wayar).

SÉPTIMO: DE LEGE LATA: EL CONTRATO REAL ES UNILATERAL POR FUNCIONAR LA ENTREGA COMO CAUSA CONSTITUTIVA, ES DECIR LA ATRIBUCIÓN QUE GENERA PARA EL ACCIPIENS O CONTRAPARTE, OBLIGA A

³³⁵ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H: “Manual de obligaciones”. Astrea. Bs AS 1997 (pág 468/9)

RESTITUIR Y NO PUEDE SER PAGO DE UNA OBLIGACIÓN PREEXISTENTE. LA ENTREGA PREEXISTE A OBLIGACIÓN ALGUNA QUE LA IMPONGA.-

DE LEGE FERENDA: EL CONTRATO REAL ES BILATERAL.-

Esta línea doctrinal y legislativa en que la creación del derecho real resulta de un contrato creditorio (el solo consentimiento crea o transfiere el derecho real), apoyaría la tesis amplia del concepto de contrato, que postula e incluye entre los objetos del contrato además de las obligaciones, a los derechos reales e intelectuales.

Desconocemos tal posibilidad en tanto adherimos al postulado que circunscribe el contrato a los acuerdos normativos obligatorios: la creación del derecho real resulta –como sostuviéramos- mediatamente y solvendi causa, por ejecución de la obligación de entregar la cosa. Esta tradición es esencial.

En los llamados contratos reales, por el contrario –desde el plano lógico-jurídico y a pesar de la distorsión normativa-, la entrega corresponde solvendi causa, como pago; a pesar que en el derecho vigente, 1140 ss y concords, opera como causa fuente y fin.-

Estos autores, al tratar el tema de las fuentes del derecho real (pág 81), exponen que la afirmación del 2502 en el sentido que sólo pueden ser creados por ley no hace colegir que sea su única fuente o causa la ley. Es necesario distinguir entre “creación” –que es la palabra utilizada por el 2502, y “fuente”, concluyendo entonces que la fuente de los derechos reales es la ley (vg. El usufructo legal), y la convención.-

Adherimos a la conceptualización de Llambías quien entiende a todos los contratos como creditorios, es decir productores de efectos obligatorios.-

Debe existir una única categoría de contratos CONSENSUALES y suprimirse los reales.

No comprendemos cómo puede hablarse de los contratos reales como dentro del contexto o clase de contratos “creditorios”.- O son reales o son creditorios.-

Reservamos el nombre de reales, si quisiéramos empeñarnos en encontrar contratos reales, no a aquellos en que la entrega suponga una causa obligatoria –en el sentido literal-, sino a aquellos en que la entrega resulte esencial a los fines de la ejecución o perfeccionamiento de los derechos reales que surgen del contrato, esto es, aquellos en que esa entrega significa un modo constitutivo del derecho sin el cual el mismo no nace: tales los CONTRATOS CON EFECTO O EFICACIA REAL, constitutivos o traslativos de derechos reales, los que implican una relación directa sujeto-cosa, que no se concibe sin la aprehensión de la misma.-

La tradición es un acto jurídico real y solvendi causa. No es contrato así como el pago tampoco es contrato.-

Actualmente el preliminar de contratos reales es de ningún valor –excepto la reparación de pérdidas e intereses que deriva del 2244CC pero no habilita la acción de cumplimiento. El pacto comisorio tampoco es de aplicación. La lesión o teoría de la imprevisión corresponde para los contratos reales onerosos y para el caso de haberse efectivizado la entrega.

Se propone la derogación de la categoría de los contratos reales, sustituyéndose el 1140 por el siguiente: Los efectos obligatorios de los contratos surgen por el solo consentimiento de las partes. La expresión del mismo puede en algunos casos, requerir una forma legal.-

Alcances esperados mediante el trabajo propuesto

En lo que respecta a las ***Hipótesis***, creemos que de la investigación realizada (opiniones de jueces y doctrinarios, jurisprudencia analizada, análisis lógico-argumental y del estudio enjundioso de la evolución histórica de los modos de expresión de la voluntad –la escritura– así como de las instituciones jurídicas en las fuentes del derecho argentino), surgiría la conveniencia de :

1. Dergar la categoría de los contratos reales.
2. Adecuar los artículos vinculados a la categoría que se deroga.

Transferencia de los resultados de la investigación o política social del área correspondiente: Creemos que el resultado de la tesis puede simplificar la confección de los actuales contratos de tipo real. Asimismo ser de utilidad en la proliferación y agilización de los mutuos financieros ofreciendo mayor simplicidad y claridad en la normativa propia del giro comercial. Pero, por sobre todas las cosas confiamos en el valor pedagógico que la coherencia y logicidad del nuevo sistema traería aparejado.

Difusión académica: La tesis es posible de ser receptada en los ámbitos académicos como un aporte de valor en la enseñanza del derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR, Henoch Domingo: "Hechos y Actos Jurídicos". Valerio Abeledo Editor. Bs AS 1924

ALBALADEJO, Manuel: "Derecho Civil". Barcelona. Bosch. 1970.

GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen: "Estructura y Función del tipo contractual". Bosch S.A. Barcelona. España. 1979.

ALTERINI, Atilio A: "Derecho de Obligaciones civiles y comerciales" Abeledo Perrot. Bs As 1997.-

ALTERINI, Atilio A: "Contratos civiles, comerciales y de consumo". Abeledo Perrot. Bs As 2006

ARIAS, José "Contratos civiles. Teoría y práctica", Bs. As., Cía. Argentina de Editores, 1939.

BELLO, Andrés: "Principios de derecho internacional". 2º ed. Librería de Garnier Hermanos. París. 1968.

BETTI, Emilio: "Teoría General del Negocio Jurídico". Ed Revista de Derecho Privado. Trad A Martín Pérez. Madrid. 1959.

BOFFI BOGGERO, Luis María: "Teoría General del hecho jurídico". Ed Bibliografía Argentina S.R.L. Bs As 1962.-

BORDA, Guillermo: "Manual de Contratos". Lexis Nexis. Bs As 2004.

BORDA, Guillermo: "Tratado de Derecho Civil. Contratos" 8va ed act por Alejandro Borda. Lexis Nexis. 2005.-

BUERES, Alberto J: "La entrega de la cosa en los contratos reales" Abaco. Bs As 1977.

BUERES, Alberto J: "Objeto del Negocio Jurídico". Hammurabi. Bs As 1986

BRUNS, Georg: "Las acciones posesorias del Derecho Romano y del actual". Universidad Nacional de Córdoba. 1952.

CALVET, Louis Jean: "Historia de la Escritura". Paidós. 2001.

COLIN, Ambrosio y CAPITAN, H. Curso Elemental de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus, Madrid 1941.

CAPITANT, H: "Course Elementaire de Droit Civil Français. Librairie Dalloz. París 1939. (León Julliot de la Morandière)

CAPITANT, H: "Vocabulario Jurídico". Trad. Guaglianone. Depalma. 1979.

CARIOTA FERRARA, Luigi: “El Negocio Jurídico”. Ed Aguilar. Madrid. 1956.

CARNELUTTI, Francesco: “Estudios de Derecho Procesal”. Trad. Santiago Sentís y Melendo. Ed Europa-América. Bs As 1952.

CARNELUTTI, Francesco: “Teoría general del Derecho”, Ara Editores. Lima 2006 y Trad. De Francisco Javier Osset. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1995

CASTÁN TOBEÑAS, José: “Hacia un nuevo Derecho Civil”. Ed Reus. Madrid. 1933

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H: “Manual de Obligaciones” Astrea. Bs As 1997.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H: “Contrato de Compraventa. Hammurabi (José Luis Depalma Editor). Bs As 2007.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H: “Responsabilidad civil y relación de causalidad”. Astrea. Bs As 1984

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H: “Cesión de Créditos” LL Ed. Bs As 2002

COMPAGNUCCI DE CASO , Rubén H, Wierbza y Rúa: “Obligaciones civiles y Comerciales”. Lexis Nexis. 2008.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H: “La Doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad”. LL 1985-A-1009

COMPAGNUCCI DE CASO, R H: “Dos elementos de la responsabilidad civil: antijurisdicción y culpa”: Revista Notarial N°845, pág 970.

COMPAGNUCCI DE CASO “Sobre la naturaleza jurídica del pago” JA-II-1986-749, “El objeto del negocio jurídico” LL, T 1991-A, Sección Doctrina.-

DEMOGUE, René: “Traité des obligations en general”. Sources des obligations. París. 1923. Librairie Arthur Rousseau.

DI PIETRO, Alfredo y otro “manual de Derecho Romano”. Depalma. 1999

GALLI, E. V.: “El Derecho de las obligaciones en el Proyecto de Código Civil Argentino de 1936”. Ed Jurídica Argentina. Bs As 1939.

GALLI E., ALTERINI J: “El derecho real”. Abeledo Perrot. Bs As 1980.

GASTALDI, José María: “Contratos” Abeledo Perrot. Bs As. 1997.

GHERSI, Carlos A: “Contratos civiles y comerciales”. Astrea. Bs As 1998.

GIORGI, Jorge: “Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno”. Trad. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Introd. Dato Iradier. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid. 1910.

GHERSI, Carlos Alberto: “Contratos civiles y comerciales”. Astrea. Bs As. 1998.-

GONZALEZ, José E y otros : “Teoría General de los Contratos”. Abaco. Depalma. 2004.

JÖRS, P y KUNKEL: “Derecho Privado Romano”. Traducción: Prieto Castro. Ed Lab. Madrid. Bs As y Río. 1937

JOSSERAND, Louis: “Derecho Civil” Universidad de Lyon. Revisado y completado por André Brun. Ed jurídicas Europa-América. Bosch y Cía. Editores. Bs As 1951 y trad Sgo Cunchillos

JOSSERAND, Louis: “Los móviles en los actos jurídicos de Derecho Privado”. Trad. Eligio Sanchez Lario y otro. Ed José Cajica. Pueblo de México. 1946 Contratos reales están dentro de los formales

JOSSERAND, Louis: “Droit Commercial”. Les Transprts. París. Arthur Rousseau. 1910.-

LAFAILLE, H: “Curso de Contratos” Biblioteca Jurídica Argentina. Bs As. 1928.

LAFAILLE, Héctor “Derecho Civil”. “Contratos” Ediar SA Editores. Bs As 1953.

Contrato es la figura central –reseña a Pérez Serrano, Messineo, Baladore Palliari, Gallo, kelsen) acepta el valor de las promesas basado en el 1197 CC.- Respecto a la causa, es finalista aunque la considera correspondiente al acto jurídico.

LARENZ, Kart: “Derecho de Obligaciones”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1958.

LARENZ, Kart: “Derecho Civil. Parte General”. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1978.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J: “Teoría de los contratos”. Zavalía Editor. Bs As 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis: “Tratado de los contratos”. Tomos II y III. Rubinza Culzoni. Bs As 2007

LLAMBÍAS, JJ: “Tratado de Derecho Civil”. Abeledo Perrot. Bs As 2001. 2005

LLOVERAS DE RESK, María Emilia: “Tratado teórico-práctico de las Nulidades”. Depalma. Bs As 1985

MAZEAUD, Henri y otro, “Lecciones de Derecho Civil”, traducción de Luis Alcalá-Zamora; Ediciones Jurídicas-América, Buenos Aires, . 1960.

MESSINEO, Francesco: “Manual de Derecho civil y comercial”, trad de Santiago de Sentís Melendo. Prolog Neppi. Ed J. Europa-América. Bs As 1954.

MOLINARIO, LL-155-1053

MORELLO, Augusto: “Ineficacia y frustración del Negocio”. Platense. La Plata. 1975

MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Negocios Simulados, fraudulentos y fiduciarios”. Ediar. Bs As 1974

MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Contratos”. Rubinzal Culzoni Ed. Bs As 1998.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A: “Contratos. Aspectos Generales”. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2005.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, PIEDECASAS, Miguel A: “La Revisión del contrato”. Rubinzal Culzoni Ed. Bs As 2008.

ORGAZ, Alfredo: Hechos y Actos o Negocios Jurídicos”. Ed. Zavalía. Bs As 1963.

PETIT, Eugene: “Tratado Elemental de Derecho Romano”. Madrid. 1876. Ed Saturnino Callejas SA.

PIANTONI, A: “Contratos civiles”. Ed Lerner. Bs As. 1975.

POTHIER, Roberto : “Tratado de las obligaciones”. Trad. SMS, Casa Editorial Araluce. Barcelona.

RIPERT- BOULANGER “Derecho Civil” Trad García Daireaux. La Ley. Bs As 1964.-

RIPERT, Georges: “La regla moral en las obligaciones civiles”. Con comentario de Hernando Devis Echandía. La Gran Colombia. Edición. Bogotá. 1946 (trad. Carlos Estrada Valencia)

RIVERA, Julio César: “Instituciones de Derecho Civil”. Lexis Nexis. Bs As 2007.

SANTORO PASSARELLI, F: “Doctrina Gral de Derecho Civil”, trad. Luna-Serrano. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1964.

SAVIGNY, M.F.C.: “Sistema de Derecho Romano Actual”. Trad Jacinto M. Poley (prolog Duran y Bas) Centro Editorial de Góngora. España.-

SOHM, Rodolfo Historia e Instituciones del Derecho Privado. La España Moderna. Madrid 1.898

SOZA RIED, María de los Angeles: "Revista Chilena de Derecho", vol 30, N°2, Chile. 2003

STIGLITZ, Rubén S: "Contratos. Teoría General". Depalma. 1994.

STOLFI, "Teoría del Negocio Jurídico", trad. J Santos Briz, Madrid. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1959.-

SPOTA, Alberto G: "Tratado de Derecho Civil". Depalma. Bs As 1957.

TROPLONG, M: "Droit Civil Explique". Charles Hingray Editor. París. 1987

VALLESPINOS, Carlos G: "Contratos. Presupuestos". Advocatus. Córdoba. 1999.-

VALLESPINOS, Carlos G PIZARRO , R. "Obligaciones" . Hammurabi. Bs As 1999. 2008

WAYAR, Ernesto C: Contratos". Zavalía. 1993.-

WAYAR, E.C.: "Obligaciones". Depalma. Buenos Aires. 1990 – 2002 tomo 1 y 2.-

WAYAR, E. C.: "Tarjeta de crédito y defensa del usuario". Astrea. Bs As 2000

ZANONI, Eduardo A: "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos". Astrea. 1986.

Se han consultado las siguientes obras de Derechos Reales:

ALLENDE, GUILLERMO L., Panorama de Derechos reales, Bs. As., 1967.

ALTERINI, Jorge Horacio-Gatti, Edmundo. "El derecho real-Elementos para una teoría general". Abeledo Perrot, Bs.As. 1991

BELLUSCIO-ZANONNI. "Código Civil y Leyes complementarias- Comentado - anotado y Concordado". tomo 4, Bs.As. 1986.

BORDA, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales. Tomo I. Editorial Perrot. Bs.As. 1975

CALEGARI DE GROSSO, Lidia E. "Derechos Reales - Su estudio a partir del caso judicial". Abeledo Perrot, Bs.As., 1998

COGHLAN, Antonio R. "Teoría General del Derecho Inmobiliario Registral". Abeledo Perrot. Bs.As. 1984.

HIGHTON, Elena I. "Derechos reales. Dominio y Usucapión". Bs.As. 1979.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín - Alterini Jorge Horacio. "Código Civil anotado". Tomo IV. Derechos Reales. Bs.As. 1951

MARIANI DE VIDAL, M. "Curso de Derechos Reales". Ed.Zavalía. 1974 y 1978.

MOLINARIO, ALBERTO D., Derecho Patrimonial y Derecho Real.

MOLITOR, J.P., La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain, París, 1874.

MUSTO, NÉSTOR J., Derechos reales. Ed.Astrea. Bs.As. 2000

PAPAÑO, KIPPER, DILLON, CAUSSE: "Derechos Reales". Depalma. Bs As 1995.

SALVAT, Raymundo M. "Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales". Ediciones actualizadas por Manuel J. Argañarás. Bs.As

INTRODUCCIÓN

Todavía recuerdo la alegría que provocase en mí, encontrar plasmadas en la obra del Dr Francesco Carnelutti las siguientes palabras: "Confieso que la simple armonía de esta concepción me ha dado un verdadero placer"... "El estudio de la cuestión sobre la naturaleza contractual del pago me ha servido para descubrirla, completando, según mi pensamiento, la definición del negocio también en relación al acto debido, que es la categoría antitética del acto ilícito": negocio jurídico, acto ilícito y acto debido, pues el negocio jurídico se contrapone tanto al concepto de violación como de obligación³³⁶

³³⁶ Carnelutti Francesco: "Estudios de Derecho Procesal". Trad Santiago de Sentís y Melendo. Ed Europa - América. Bs As 1952, pág 508.-

Igual satisfacción me significó encontrar en el introito del artículo elaborado por el Dr Compagnucci de Caso³³⁷ que versa sobre el objeto de los actos jurídicos, cuando con precisas palabras juzga necesario no “entremezclar” el objeto en tanto elemento en las obligaciones, los contratos y los actos jurídicos”. Identifiqué enseguida mi inquietud, lo que tantas veces, en un pensamiento que juzgaba como de cuidado gramatical o nominal, me ponía ante un campo de estudio cuya lucha por la precisión, me aseguraba la visión de los maestros.

Entiendo necesario ahora, cuidar la claridad del mensaje en la ilusión de contribuir a la “alegría” de otros tantos.

Agradecimientos:

A la Sede de la Sabiduría

A mi marido, por su comprensión y colaboración

A mis tesoros: Felipe José, Alvaro Benjamín, Lucía María, Pilar Emilia y María de la Paz

A mis padres y a mi hermano, a quienes debo tanto y, aunque de distinta manera, la ilusión por trabajar bien.

A mi Director de tesis, el dr Rubén H. Compagnucci de Caso, en quien la sencillez y humildad no hacen sino lucir todavía más su mucha sapiencia

Al Dr Manuel Ignacio Adrogué a quien también considero mi maestro

Al Dr Juan Magariños de Morentín, quien me ha enseñado la seriedad en la investigación

A la UNT, UBA, UNLP y UCSE

³³⁷ Compagnucci de Caso, Rubén H: “El Objeto del Negocio Jurídico”, LL T 1991-A-Sección Doctrina, pág 924 y sgtes.

INDICE:

INTRODUCCIÓN

I. DESCRIPCIÓN DEL TEMA Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA...1

II. ELABORACIÓN DEL MARCO TEÓRICO PERTINENTE

Concepto de contrato: Introducción. Historia.8

Períodos del Derecho Romano.....9

Contenido del contrato.9

Clasificación romana de los contratos.....14

Causa y forma del contrato en Roma.....17

El contrato en la actualidad.....18

Legislaciones

Nuestro Código.....	22
Fuentes.....	24
Proyectos de Reforma y Legislación extranjera.....	25
Síntesis.....	26
<u>Doctrina</u>	
Elementos.....	28
Categoría de los contratos reales.....	33
Génesis histórica.....	34
Definición Integración.....	40
Caracteres.....	48
Supervivencia de la clase.....	55
Problema del Preliminar.....	62
Cuestiones conexas. Teoría del Título y Modo.....	66
Tradición. Entrega, Legislación argentina	
III. Hipótesis.....	76
IV. Metodología.....	77
V. Corpus y Operaciones.....	78
1. Historia.	78
Génesis de los contratos reales. Fuentes y evolución	
Comunicación escrita entre los hombres y la evolución de su utilización como justificación de los contratos reales.	
2. Legislación nacional y comparada.....	85
Código Civil Argentino	
Otras legislaciones	
Proyectos de Reforma	
3. Doctrina: Negocio Jurídico. Contratos. Obligaciones. Elementos.....	90

Causa :	..99
El problema de la causa	
Evolución histórica de la causa	
Causalismo, anticausalismo, neocausalismo	
Causa y atribución patrimonial	
Código Civil Argentino	
Falsedad e ilicitud y error en la causa y el objeto	
La causa como elemento del contrato, obligaciones o acto	
Causa solvendi, credendi y donandi	
Finalidad e interés	
Frustración del fin del contrato	
Consentimiento.....	129
Forma.....	135
Cuestiones específicas: Concepto de Preliminar. Incumplimiento.....	144
Contrato consensual en los términos del art 1197CC	
Binomio “restitución-gratuidad”	
Contratos reales con efecto real	
Soluciones legislativas posibles de conversión	
4. Jurisprudencia.....	153
5. Encuestas.....	155
VI. Conclusiones.....	160
VII. Bibliografía.....	176